

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص



أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون
شعبة: الحقوق
تخصص: قانون الأسرة المقارن
تحت عنوان

دور الإرادة في إبرام عقد الزواج "دراسة مقارنة"

إشراف الأستاذ الدكتور:
أحمد رباحي

إعداد الطالب:
حمزة بوضراع

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	أستاذ محاضر "أ"	د. مخالدي عبد القادر
مقررا	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	أستاذ	أ. د. رباحي أحمد
ممتحنا	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	أستاذ محاضر "أ"	د. بخيت عيسى
ممتحنا	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	أستاذ محاضر "أ"	د. خليفة كرفة محمد
ممتحنا	جامعة علي لونيبي البلدية	أستاذ	أ. د. بن شويخ صارة
ممتحنا	جامعة علي لونيبي البلدية	أستاذ محاضر "أ"	د. اسطمبولي محيي الدين

السنة الجامعية: 2022/2021

شكر و عرفان

الشكر موصول لكل من ساهم من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل المتواضع.

كل الشكر والتقدير للأستاذ المشرف على البحث الأستاذ الدكتور أحمد رباحي على حرصه الشديد على إخراج هذا العمل أحسن إخراج، ولكل أعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا قراءة هذه الرسالة ومناقشتها.

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ق.أ: قانون الأسرة

ق.م: القانون المدني

ق.ع: قانون العقوبات

ق.ت: القانون التجاري

ق.ح.م: قانون الحالة المدنية

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق.م.م: القانون المدني المصري

م.ق: المجلة القضائية

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية

ص: صفحة

ثانياً: باللغة الفرنسية

Op.cit : المرجع السابق

Vol : مجلد

D.E.S : دبلوم الدراسات العليا

P : صفحة

Et s : وما يليها

T : جزء

N° : رقم

مقدمة

مقدمة:

تعتبر الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع، لأجل ذلك، اهتم المشرع بأمرها وأمر الأنظمة ذات الصلة بها، ولأنها لا تقوم بالمفهوم الشرعي والقانوني الدقيق إلا من خلال الزواج، فقد كان هو الآخر محل اهتمام من طرف الشريعة الإسلامية، ومختلف التشريعات الوضعية، لا سيما على الصعيدين العربي والإسلامي، أين تأخذ مؤسسة الزواج حظاً وافراً من التنظيم في القوانين الأسرية، وذلك لكونها من متطلبات استقرار المجتمع واستمراره، فصلاية المجتمع مستمدة من صلاية الأسرة، وصلاية الأسرة مستمدة من صلاية الزواج، الذي سماه المولى عز وجل بالميثاق الغليظ، في قوله: "وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا"¹.

ورغم الاهتمام البالغ من المشرعين بمؤسسة الزواج، إلا أن هذا الاهتمام قد لا يوصل في بعض الأحيان إلى إرساء نظام قانوني متكامل ومتجانس، وذلك نظراً لما قد يعترى هذا النظام من نقص وتناقض بين العناصر المكونة له، مما يستدعي تدخل الباحثين من ذوي الاختصاص، لمعالجة هذه النقائص والتناقضات، واقتراح حلول بشأنها.

غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل يمتد إلى جوانب وإشكالات أخرى تحتاج إلى بحث أكثر تعمقا ودقة، فإذا كان المنفق عليه أن الزواج لا يقوم إلا بعقد، وأن العقد عبارة عن توافق إرادتين على إحداث آثار قانونية معينة، فالأصل أن يخضع في إبرامه لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، غير أن الباحث في أحكام عقد الزواج بصفة عامة، وأحكام إبرامه بصفة خاصة، يكتشف أن هذا المبدأ قد بات يتراجع يوماً بعد يوم، وذلك نظراً للتدخل المتزايد للمشرع في تنظيم أحكامه، ولا سيما تلك المتعلقة بآثاره القانونية.

يكتسي البحث في هذا الموضوع أهمية بالغة، تستمد من أهمية عقد الزواج في حد ذاته، وتظهر هذه الأهمية على مستويين:

¹ سورة النساء، الآية 21.

- على المستوى النظري: تظهر الأهمية النظرية لهذا الموضوع من خلال الاختلاف الكبير الموجود بين البعد التعاقدى والبعد النظامي، والمنطق الذي يقوم عليه كل بعد، إذ يقوم البعد التعاقدى على النزعة الفردية، المكرسة لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، في حين يقوم البعد النظامي على النزعة الجماعية، المكرسة للنظام العام والآداب العامة، وشتان بين هذا وذلك.

- على المستوى العملي: كثيرة هي النزاعات التي تعرض أمام القاضي حول مسألة تم الاتفاق عليها بين طرفي العقد، ولمعرفة الحكم الواجب تطبيقه بخصوص هذه المسألة، وما إذا كان بالإمكان الاعتداد بما اتفق عليه الأطراف، أم لا، وفي مثل هذه الأحوال، يجب على القاضي معرفة اتجاه المشرع فيها، فإذا كانت المسألة تأخذ بعدا تعاقديا، وتخضع لحرية المتعاقدين، فالواجب الاعتداد بها، أما إذا كانت تأخذ بعدا نظاميا، وتخضع لفكرة النظام العام والآداب العامة، فالأولى الاعتداد بما قرره القانون، أو بما يحقق المصلحة العامة، ويحفظ النظام العام وحسن الآداب، ومن ثم يكون البعد المعتد به محددًا أساسيا للحكم الواجب إصداره من قبل القاضي.

يرتبط موضوع البحث في هذه الرسالة ارتباطا وثيقا بمبدأ سلطان الإرادة، أو كما يسمى بالنظرية التقليدية للعقد، والمتمثلة في مختلف المبادئ، التي استقر عليها أثناء فترة ازدهاره، في ظل المذهب الفردي، والتي تترجم مجموعة من الأفكار الفلسفية، التي يقوم عليها المجتمع الليبرالي، إذ يرى أنصار هذه النظرية أنه ليس لأي إنسان سلطة طبيعية على غيره، حيث يعد إخضاع الفرد لقوانين غيره منافيا عندهم للأخلاق، وبالتالي، فالواجب أن يخضع الشخص لشرعيته الذاتية فقط.

ومن هذا المنطلق، كان المبدأ في العقود -بما فيها عقد الزواج- الخضوع لسلطان الإرادة، إذ إن الأصل في الإنسان ألا يلتزم، إلا بمحض إرادته، وذلك في إطار ما يعرف بمبدأ

الرضائية، حيث يتمتع المتعاقدان بكامل حريتهما في تحديد مضمون العقد، والكيفية التي يتم بها التعبير عن إرادتيهما، قصد إبرامه.

غير أن خصوصية عقد الزواج وقدسيته، باعتباره المرتكز الأساسي الذي يقوم عليه المجتمع، فرضت على المشرعين إحاطته بقواعد قانونية صارمة، تعكس قيمته الشرعية والقانونية، إذ على الرغم من مزايا الرضائية في التعاقد، إلا أننا نرى أنها أقل تمثيلاً مع عقد الزواج، الذي سماه المولى عز وجل بالميثاق الغليظ، لأجل ذلك، أوردت الشريعة الإسلامية السمحاء، وسايرتها في ذلك مختلف التشريعات الوضعية العربية، جملة من الضوابط الشكلية والموضوعية، التي من شأنها الحفاظ على قدسية عقد الزواج، ومن جهة أخرى، فإن إمكانية الاشتراط في عقد الزواج، وإبرام اتفاقات مالية ملحقة به، يحتم على المشرع تطبيق القيود والضوابط الخاصة بالعقود المالية على عقد الزواج، على الأقل في هذين الجانبين، وذلك حفاظاً على توازن مراكز المتعاقدين، وتجنب التفاوت الصارخ بين ما يجنيه كل منهما من وراء هذا العقد.

إن البحث في موضوع معين، لا يعني أن هذا الموضوع جديد في حد ذاته، فقد تكون أحداثه في طريقة طرحه، والمنهج المتبع في دراسته، وبالنسبة لموضوع بحثنا في هذه الرسالة، فقد كان محل دراسة عدة باحثين؛ سواء في مرحلة الماجستير، أم في مرحلة الدكتوراه، وإن كانت العناوين التي بحث بها هذا الموضوع، ليست متطابقة مع عنوان رسالتنا تطابقاً كلياً، ومن بين الدراسات التي أجريت في هذا الموضوع نجد:

- في مرحلة الماجستير:

- اتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في عقد الزواج، من إعداد الباحث مرزوقي قدار، جامعة وهران، 2012-2013، أين تمت معالجة الموضوع في فصل تمهيدي، وفصلين رئيسيين، جاء الفصل التمهيدي تحت عنوان: العقد والزواج وتطورهما التاريخي في إطار

النظرية العامة للعقد والحضارات القديمة، أما الفصل الأول فجاء تحت عنوان: الزواج في كل من الدين والعرف والقانون، في حين جاء الفصل الثاني تحت عنوان: نظام الزواج في الجزائر وموقف المشرع الجزائري.

- دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، من إعداد الباحث عبد الحميد عيدوني، جامعة تلمسان، 2013-2014؛ تناول الباحث هذه الدراسة من خلال فصلين، وقد جاء الفصل الأول تحت عنوان: دور الإرادة في إبرام عقد الزواج، حيث تطرق الباحث إلى مجال تدخل الإرادة في تكوين عقد الزواج، كما حاول تحديد موقع هذه الإرادة في آثار عقد الزواج، في حين جاء الفصل الثاني تحت عنوان: دور الإرادة في إنشاء عقد الزواج، أين حاول الباحث تحديد نطاق الإرادة من خلال صور إنهاء الرابطة الزوجية، وكذا تحديد محلها في الآثار المترتبة على هذا الإنهاء.

- دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، من إعداد الباحث عبد الرحمان بوفلجة، جامعة تلمسان، 2007-2008، تناول الباحث في الفصل الأول: دور الإرادة في تكوين العقد وانعكاسها على آثاره، بينما تناول في الفصل الثاني: القيود الواردة على الإرادة في القانون المدني الجزائري.

- أما في مرحلة الدكتوراه، فنجد:

- نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور: دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، من إعداد الباحثة صارة بن شويخ، 2013-2014، جامعة محمد الأول بوجدة، أين تناولت الباحثة التنظيم الإجرائي لتوثيق عقد الزواج كقيد وارد على مبدأ سلطان الإرادة في إبرام عقد الزواج.

- مكانة الإرادة في ظل تطور العقد: دراسة لبعض العقود الخاصة: من إعداد الباحث لخضر حليس، جامعة تلمسان، 2015-2016، تناول الباحث في الباب الأول: الإرادة من الحرية

إلى بدايات التقييد، وتناول في الباب الثاني: الإرادة من التوجيه والتنظيم إلى إعادة البعث من جديد.

- التوازن العقدي: من إعداد الباحث درماش بن عزوز، جامعة تلمسان، 2013-2014، تناول الباحث موضوع الرسالة في بابين، حاول في الباب الأول تحديد طبيعة التوازن العقدي بين ضرورة استقرار المعاملات ومقتضيات العدالة التعاقدية، بينما تناول في الباب الثاني من الرسالة آليات التوازن العقدي، مقسما إياها إلى آليات وقائية وآليات علاجية.

وأما بالنسبة لأسباب اختيارنا لهذا الموضوع، فهي مستمدة من الأهمية التي يكتسيها، والجدل الكبير الذي يثيره، خاصة عندما يتعلق الأمر بعقد الزواج، الذي يقوم على فكرتين متناقضتين؛ وهما: فكرة الحرية الفردية، خاصة وأن الزواج يقوم على مبدأ الاعتبار الشخصي، فإذا كان بالإمكان تصور إلزام شخص بإبرام بعض العقود، كعقود التأمين الإجبارية، فإنه من غير المستساغ إجبار الشخص على الزواج بصفة عامة، أو بشخص معين بصفة خاصة، ومن هذا الجانب، لا بد من تكريس مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، أما الفكرة الثانية التي يقوم عليها عقد الزواج، فهي أنه أساس لبناء الأسرة، والأسرة أساس لبناء المجتمع، وبناء المجتمع لا بد أن يقوم على أسس صلبة ومتينة، وهذه الصلابة لا يمكن بلوغها إلا بتدخل من المشرع بموجب قواعد قانونية موضوعية وشكلية آمرة، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ضمانا للحفاظ على النظام العام وحسن الآداب، وكذا حماية المجتمع من التزعزع والانحلال.

يسعى الباحث من خلال هذه الرسالة إلى إبراز التصور الذي تبناه المشرع في تنظيمه لأحكام الزواج؛ ما إذا كان تصورا ذاتيا، قائما على أفكار النظرية التقليدية المكرسة لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، أو تصورا موضوعيا حديثا، قائما على فكرة النظام العام والآداب العامة، وكذا إبراز طبيعة العلاقة بين التصورين، وهل يمكن الاستغناء عن أحدهما والاكتفاء بالآخر؟

من جهة أخرى، يسعى الباحث من خلال هذه الرسالة إلى تسليط الضوء على مختلف العناصر المكونة لعقد الزواج، وبيان مختلف الإشكالات والتناقضات التي يثيرها تكوين هذا العقد، وذلك قصد تداركها في تعديلات لاحقة، من خلال تقديم ما يمكن تقديمه من تصويبات ومقترحات نأمل أن تكون بناءة وخدمة للموضوع على المستويين النظري والعملي.

- إشكال البحث

يقوم الزواج على الحرية الفردية، وذلك لارتباطه الوثيق بفكرة الاعتبار الشخصي، فمن جهة، لا يمكن إلزام الشخص على الدخول في علاقة زواج، عملاً بمبدأ سلطان الإرادة، ومن جهة أخرى، لا يمكن إجبار الشخص على الزواج من شخص معين بذاته وفق شروط وشكليات معينة، وذلك عملاً بمبدأ الحرية التعاقدية، غير أن خصوصية عقد الزواج، والمستمدة من كونه الوسيلة التي يتشكل بها المجتمع في درجة من التناسق والتناغم، يحتم على الدولة التدخل لضبطه بموجب قواعد قانونية أمره من الناحيتين الموضوعية والشكلية، وذلك حتى يؤدي الزواج الدور المنوط به، ويحافظ المشرع على النظام العام، الذي وجد أصلاً لحمايته، ومن هنا، يثار الإشكال حول ما إذا كان الزواج عقداً أم نظاماً، وما إذا كان المشرع قد وفق في إيجاد مقاربة توفيقية بين الطابع التعاقدية والطابع النظامي للزواج.

عالجت الدراسة هذا الإشكال في ضوء جملة من المناهج، بعضها أساسي في البحث، وبعضها الآخر تكميلي:

- المناهج الأساسية: وتتمثل في المنهج الجدلي، والمنهج المقارن:

- المنهج الجدلي: وذلك انطلاقاً من طبيعة الموضوع، الذي يتضمن فكرتين متناقضتين هما: تكريس مبدأ سلطان الإرادة في عقد الزواج كفكرة شائعة، وتقييد المشرع لمبدأ سلطان الإرادة في عقد الزواج كفكرة نقيضة.

- المنهج المقارن: وذلك انطلاقا من عنوان الرسالة، ولكي تكون المقارنة بناءة وخدمة للموضوع، حرصنا على أن يكون هناك تنوع في عناصر المقارنة، حيث اعتمدنا في الباب الأول على المقارنة بين قانون الأسرة والقانون المدني، إذ حاولنا إجراء عملية إسقاط ومطابقة لأحكام النظرية العامة للعقد على عقد الزواج، وهي عبارة عن مقارنة توفيقية بين أحكام القانون المدني وأحكام قانون الأسرة في إبرام عقد الزواج، بينما اعتمدنا في الباب الثاني على المقارنة بين قانون الأسرة وأحكام الفقه الإسلامي، في حين اعتمدنا في الباب الثالث على المقارنة بين قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، لا سيما مدونة الأسرة المغربية، وكل ذلك، تم في ضوء العمل بقاعدة "عدم مقارنة ما لا يقارن".

- المناهج التكميلية:

- المنهج التحليلي: وذلك بتحليل النصوص القانونية محل الدراسة والبحث، إذ لا يخلو أي بحث علمي من عنصر التحليل.

- المنهج النقدي: وذلك نظرا لوجود مواطن قصور في مواد قانون الأسرة، وهذا يستدعي توجيه الملاحظات والتصويبات التي بدت لنا، لعلها تلقى قبولا في لاحق التعديلات التي قد تمس قانون الأسرة الجزائري.

حاولنا في دراستنا لهذا الموضوع إجراء عملية إسقاط لمكانة الإرادة على مختلف عناصر وجزئيات البحث، وهو ما انعكس على تبويب البحث وصياغة عناوينه، حيث قمنا بتقسيمه إلى ثلاثة أبواب، تناولنا في الباب الأول مكانة الإرادة في التراضي على الزواج، والذي قسم بدوره إلى ثلاثة فصول؛ تناولنا في الفصل الأول وجود التراضي، وتناولنا في الفصل الثاني التمتع بالأهلية، في حين تناولنا في الفصل الثالث عيوب الرضا، أما الباب الثاني، فجاء تحت عنوان: مكانة الإرادة في شروط الزواج، وقسم هو الآخر إلى ثلاثة فصول، تمحور الفصل الأول حول الشروط الموضوعية لصحة الزواج، وتمحور الفصل الثاني حول الشروط الشكلية لصحة

الزواج، في حين تمحور الفصل الثالث حول الشروط الاتفاقية في عقد الزواج، أما الباب الثالث، فقد خصص لدراسة مكانة الإرادة في توثيق الزواج، وقسم بدوره إلى ثلاثة فصول، حيث جاء الفصل الأول تحت عنوان: التراخيص والشواهد اللازمة لإبرام عقد الزواج، وجاء الفصل الثاني تحت عنوان: توثيق عقد الزواج لحظة إبرامه، بينما جاء الفصل الثالث تحت عنوان: توثيق عقد الزواج بعد إبرامه.

الباب الأول

مكانة الإرادة في

التراضي على الزواج

الباب الأول: مكانة الإرادة في التراضي على الزواج

يعتبر التراضي العنصر الأساسي في العقود بصفة عامة، كما يعتبر الركن الوحيد في عقد الزواج، إذ لا يمكن تصور قيامه بدونه، لأجل ذلك، احتل مكانة بارزة في النظرية العامة للعقد، وحتى في أحكام الزواج، فقد اهتمت التشريعات الأسرية بأمره وأمر صاحبه، بل وكرسته الصكوك الدولية ذات الصلة، إذ جاء في المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "للرجل والمرأة حق التزوج... ولا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاً كاملاً لا إكراه فيه"¹، كما حظي باهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية من مختلف المذاهب، وهو ما يعكس القيمة الشرعية والقانونية لهذا الركن، الذي يعتبر قوام عقد الزواج.

وإذا كان التراضي يمثل المظهر الأساسي لمبدأ الرضائية في عقد الزواج، فإن بعض القيود أصبحت ترد عليه، من شأنها أن تقلص من مجال الرضائية، لصالح مبدأ الشكلية في عقد الزواج.

ومن هذا المنطلق، سوف نتناول الجزئيات المرتبطة بهذا الباب في ثلاثة فصول، نبحث في الفصل الأول وجود التراضي، وندرس في الفصل الثاني صحة التراضي من خلال توفر الأهلية، في حين نتناول في الفصل الثالث خلو الرضا من العيوب، وكل ذلك في ضوء جدلية العلاقة بين البعد التعاقدية والبعد النظامي في الزواج.

¹ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 217000، مؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

الفصل الأول

وجود التراضي

الفصل الأول

وجود التراضي

لكي يحصل التراضي بين طرفي العقد من الناحية القانونية، لا بد وأن يعبر كل واحد منهما عن إرادته في إبرام هذا العقد، وذلك بإظهارها إلى العالم الخارجي، عن طريق ما يسمى بالإيجاب والقبول، مع مراعاة ما يقرره القانون بخصوصهما من شروط وأحكام (المبحث الأول)، كما يستدعي الأمر كذلك تطابق الإيجاب والقبول في مجلس عقد موحد حقيقة أو حكماً، إما بالحضور الشخصي للمعني، وإما بطريق الوكالة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التعبير عن الإرادة

إن ترتيب الإرادة لآثارها القانونية، يقتضي التعبير عنها، وذلك بإظهارها إلى العالم الخارجي، حتى تكون معلومة لدى الطرف الآخر، إذ لا تكفي مجرد النية الباطنة لقيام عقد الزواج.

ويتم التعبير عن الإرادة في عقد الزواج عن طريق الإيجاب والقبول، أو كما يسمى في فقه الشريعة الإسلامية بالصيغة.

ومن هنا، فحري بنا أن نتطرق في هذا المبحث إلى صاحب الصيغة في عقد الزواج كمطلب أول، وشروط صحة الصيغة كمطلب ثان، وطرق التعبير عن الصيغة كمطلب ثالث.

المطلب الأول

صاحب الصيغة في عقد الزواج: من يعبر عن إرادته لمن؟

إن الكلام عن صاحب الصيغة في عقد الزواج، يعني الكلام عن أطرافه، وذلك نظرا للخلاف الفقهي والقانوني الكبير حول هذه المسألة، ولعل نقطة الخلاف تتمثل فيما إذا كان الولي طرفا في عقد الزواج أم لا؟

تضاربت الآراء بين مختلف الاتجاهات الفقهية والقانونية حول هذه المسألة، وكل اتجاه كانت له وجهة نظر معينة، مؤسسة على حجج وأسانيد مقنعة، فمنهم من يجعل الولي طرفا في عقد الزواج، ومنهم من لا يعتبره كذلك¹.

وإذا كان هذا الإشكال يثار بشكل كبير من جهة المرأة، لأنها المعنية بنظام الولاية في الزواج بالدرجة الأولى، فإنه يثار كذلك بالنسبة للرجل، إذا تعلق الأمر بزواج القاصر.

وقد كان من المناسب بحث هذا الإشكال في هذا الموضوع؛ نظرا لارتباطه الوثيق بركن الرضا، والتعبير عن الإرادة في عقد الزواج، غير أننا آثرنا التطرق إلى تفاصيله عند التعرض لموضوع الولاية في عقد الزواج، وذلك تجنباً للتكرار.

وعليه، فصاحب الرضا المعتبر في عقد الزواج هو الزوج والزوجة بلا خلاف، ويبقى الولي محل نظر ونزاع، نحاول الفصل فيه في مواضع لاحقة.

ومن هذا المنطلق، فالزواج بالمفهوم الشرعي والقانوني الدقيق، لا يتم إلا بين رجل وامرأة، طبقا لما نصت عليه المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري، وكذا المادة الرابعة من مدونة الأسرة المغربية. ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الأردني الذي نص في المادة الثانية من قانون

¹ بقة عبد الحفيظ، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 1¹ من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 23، المجلد الأول، جامعة المسيلة، الجزائر، ص. 116.

الأحوال الشخصية على أن: "الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا، لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما".

ولعل القصد من هذا التأكيد التشريعي، هو تحريم الزواج المثلي أي الزواج بين شخصين من نفس الجنس، الذي أصبح في تزايد مستمر، خاصة في المجتمعات الغربية رغم أنه يعد انحرافا عن الفطرة الغريزية التي فطر الله سبحانه وتعالى النوع الانساني عليها¹.

ويعرف الزواج المثلي بأنه عقد يخل الاستمتاع بين شخصين من جنس واحد أي بين ذكرين أو بين أنثيين، فيصيران شريكين في الحياة ويجري بينهما ما يجري بين الرجل والمرأة المتزوجين ويندرج تحته اللواط والسحاق؛ واللواط هو إتيان الذكر للذكر، أما السحاق فهو إتيان المرأة للمرأة².

وقد وردت في القرآن الكريم عدة أدلة تؤكد تحريم الزواج المثلي، نذكر منها:

- قوله تعالى: "وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ الْعَالَمِينَ"³.

- وقوله أيضا: "وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ عَادُونَ"⁴.

ووجه الاستدلال في الآيتين الكريمتين، التصريح بتحريم اللواط، وبيان أنه سبب لنزول العقوبة الإلهية على قوم لوط.

كما وردت عدة أحاديث تؤكد هي الأخرى حرمة الزواج المثلي، ونذكر منها:

¹ مركز باحثات لدراسات المرأة، الزواج المثلي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، 17 جانفي 2022. <https://bahethat.com/report/r38069/02-03-2022>.

² المرجع نفسه.

³ سورة العنكبوت، الآية 28.

⁴ سورة الشعراء، الآية 166.

- قوله صلى الله عليه وسلم: "إن أخوف ما أخاف على أمتي عمل قوم لوط"¹.

- وقوله كذلك: "من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط، فاقتلوا الفاعل والمفعول به"².

أما بالنسبة لتحريم السحاق، فقد جاء في شأنه:

- قوله عز وجل: "وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ

غَيْرُ مُلْتَمِسِينَ فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ"³. ووجه الاستدلال، أن المرأة إذا أباحت

فرجها لغير زوجها رجلا كان أو امرأة، فهي من العادين، وهذا دليل على حرمة السحاق.

- قوله صلى الله عليه وسلم: "لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل، ولا المرأة إلى عورة المرأة، ولا

بفضي الرجل إلى الرجل في ثوب واحد، ولا تقضي المرأة إلى المرأة في الثوب الواحد"⁴.

- وقوله كذلك: "لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراكبة والمركوبة"⁵.

المطلب الثاني

شروط الصيغة

بالإضافة إلى الشروط العامة المقررة في النظرية العامة للعقد، اشترط المشرع في صيغة

الزواج شروطاً أخرى اعتباراً منه لأهمية هذا العقد وقدسيته، إذ لم يكتف بشروط الإيجاب

والقبول المعروفة في سائر العقود، كضرورة اتصال الإيجاب بالقبول، وموافقته من كل الجوانب،

¹ محمد بن عيسى الترمذي، جامع الترمذي، كتاب: الحدود: باب: ما جاء في حد اللوطي، حديث رقم 1443، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998، ص. 598.

² سليمان السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، الجزء الرابع، كتاب: الحدود، باب: فيمن عمل عمل قوم لوط، حديث رقم 4462، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998، ص. 158.

³ سورة المؤمنون، الآيات 5-7.

⁴ مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، الجزء الأول، كتاب: الحيض، باب: تحريم النظر إلى العورات، حديث رقم 338، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998، ص. 267.

⁵ عبد الرزاق بن همام الصنعاني، مصنف عبد الرزاق، الجزء السابع، كتاب: الطلاق، باب: السحاقة، حديث رقم 13382، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998، ص. 334.

وعدم رجوع الموجب عن إيجابه إذا كان ملزماً قبل القبول، بل زاد على ذلك شروطاً أخرى، تعكس خصوصية عقد الزواج، وهذه الشروط هي: شرط التنجيز (الفرع الأول)، وشرط التأيد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شرط التنجيز

يقصد بشرط التنجيز أن تكون صيغة العقد منجزة، ومنتجة لأثرها في الحال، بمعنى غير معلقة على حصول أمر في المستقبل، سواء كان هذا الأمر ممكناً أم مستحيل الوقوع، كأن يقول الرجل: تزوجتك إن عدت من السفر، فنقول المرأة: قبلت، أو كقوله: تزوجتك إن أمطرت السماء ذهباً، فنقول: قبلت، فمثل هذه الصيغة لا ينعقد بها الزواج، ولا تقوم له قائمة، طالما أنها تفتقر لعنصر التنجيز، وقياساً على ذلك، لا تعتبر الصيغة المضافة إلى زمن المستقبل في إبرام عقد الزواج، كقول الرجل: أتزوجك بعد أسبوع، فنقول: قبلت، ففي مثل هذه الحالة أيضاً، لا ينعقد الزواج، ما دام عنصر التنجيز متخلفاً في الصيغة¹.

لأجل ذلك، يستحسن أن تكون الصيغة بعنصرها، الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كأن يقول الرجل: تزوجتك بمهر كذا، فنقول المرأة: قبلت، ذلك أن صيغة الماضي لا تدع مجالاً للشك في دلالتها على مقصود صاحبها، ورغبته في إبرام هذا العقد، غير أن هذا لا يمنع -كأصل- من استعمال صيغة المضارع أو الأمر، مع أن المسألة فيها خلاف بين الفقهاء،² حيث ذهب المالكية والأحناف إلى القول بصحة العقد متى كانت الصيغة في المضارع، شريطة

¹ Jean Carbonnier, droit civil, tome 2 : la famille, Paris, 1999, p. 28.

وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع: الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985، ص. 52-53.

² محمد الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، المجلد الثالث، الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1988، ص. 444. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، ص. 231. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997، ص. 139. منصور البهوتي، كشاف القناع، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، ص. 37.

أن تكون هناك قرينة تدل على إرادة إنشاء العقد في الحال، لا مجرد الوعد بالزواج في المستقبل، في حين ذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم انعقاد الزواج بصيغة المضارع، حيث يشترطون أن تكون صيغة الفعل في الماضي دون غيره. أما صيغة الأمر، فينعقد الزواج بها عند المالكية والأحناف، متى كان القصد منها الزواج لا مجرد الخطبة، ولا ينعقد بها عند الشافعية والحنابلة.

والملاحظ، أن المشرع لم يشر في قانون الأسرة إلى هذه الشروط، مما يعني ضرورة العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بموجب الإحالة المقررة في المادة 222 منه.

الفرع الثاني: شرط التأبيد

يقتضي هذا الشرط عدم تضمين صيغة العقد ما يدل على تأقيته، وذلك تماشياً مع مقتضيات الشرع الإسلامي، الذي يحرم الزيجات المؤقتة، كأن يقول: تمتعت بك إلى شهر كذا، أو تزوجتك إلى سنة كذا.

فعلى الرغم من إمكانية وقوع ما يؤدي إلى إنهاء الرابطة الزوجية من طلاق وغيره، إلا أن هذا العقد تبقى من خصوصياته الديمومة والتأبيد، طالما أن نية المتعاقدين لم تنصرف أثناء العقد إلى تحديده بمدة زمنية، وذلك باتفاق المذاهب الفقهية الأربعة¹، والتي سايرتها جل التشريعات العربية والإسلامية، التي وإن لم تنص صراحة على شرط التأبيد، إلا أنها لم تقر بإمكانية إقامة علاقات مؤقتة أو عابرة.

ويترتب على هذا الشرط، تحريم زواج المتعة (أولاً)، والزواج المؤقت (ثانياً).

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957، ص. 48.

أولاً: زواج المتعة

انطلاقاً من اسمه، يقصد بزواج المتعة ذلك الزواج الذي يبرم من أجل قضاء الشهوة، دون أن تتصرف إرادة طرفيه أو أحدهما إلى بناء أسرة وفق مقتضيات الشرع والقانون، فهو لا يحقق أهداف ومقاصد الزواج، وإنما هو عبارة عن علاقة غير شرعية أصبغت بصبغة شرعية لا غير¹.

وقد رخص بهذا الزواج في أول الإسلام، إذ كان يسمح به للضرورة في بعض الغزوات، ليحرم بعد ذلك تحريماً قاطعاً، لا يدع مجالاً للشك²، ومن بين الأدلة في ذلك نجد:

- قوله تعالى: "وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ"³.

- قوله صلى الله عليه وسلم: "كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وقد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيلها ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً"⁴.

أما الشيعة الإمامية الاثنى عشرية، فإنهم يجيزون نكاح المتعة، ويستدلون في قولهم هذا بأدلة من القرآن والسنة⁵، وهي:

¹ محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1986، ص. 58.

² محمد محيي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، 1984، ص. 33.

³ سورة المؤمنون، الآيات 5-6-7.

⁴ مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، الجزء الثاني، كتاب: النكاح، باب: نكاح المتعة وبيان أنه أبيع ثم نسخ ثم أبيع ثم نسخ واستقر تحريمه إلى يوم القيامة، حديث رقم 1406، ص. 1025.

⁵ نجم الدين جعفر الحلي، المختصر النافع في فقه الإمامية، الطبعة الثالثة، قسم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة، طهران، إيران، 1410هـ، ص. ص. 205-207.

1- قوله تعالى: "فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً"¹. ووجه الاستدلال عندهم أن الآية عبرت عن الزواج بالاستمتاع وعن المهر بالأجر، فاستدلوا بذلك على جواز المتعة.

2- ثبت في السنة جواز المتعة في بعض الغزوات منها عام أوطاس، وفي عمرة القضاء، وفي خيبر، وعام الفتح، وفي تبوك²، فقال ابن مسعود: "كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس معنا نساء، فقلنا: ألا نختصي؟ فنهانا عن ذلك، ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل، ثم قرأ عبد الله: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحْرِمُوا طَبَّيَاتٍ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ"³.

ثانياً: الزواج المؤقت

لا يختلف الزواج المؤقت كثيرا عن زواج المتعة، وذلك نظرا لاتفاقهما في الغاية، وهي قضاء الشهوة لا غير، كما قد يكون الهدف منه مجرد أمور مادية، لا تتفق مع مقاصد الزواج، كأن يتزوج الرجل بأجنبية من أجل الحصول على جنسية دولتها، فهذا الزواج، يدخل ضمن الزواج المؤقت، وكذلك هو الحال بالنسبة لزواج التحليل، الذي يتم بقصد تحليل المرأة المطلقة ثلاثا لطلقها.

¹ سورة النساء، الآية 24.

² محمد الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الحديث، مصر، 2002، ص. ص. 136-137.

³ سورة المائدة، الآية 87.

وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن هذا الزواج في قوله: "ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له"¹، وروى الترمذي عن ابن مسعود قال: "لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له"².
وقد اتفقت المذاهب الأربعة وجماهير الصحابة على أن زواج المتعة ونحوه حرام وباطل، إلا أن الإمام زفر اعتبر الزواج المؤقت صحيحا، وشرط التأقيت فاسدا أو باطلا، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة³.

وانطلاقا من ذلك، نجد المشرع الجزائري، قد حرم هذه الأنكحة بمقتضى أحكام المادة 4 ق.أ، والتي جاء فيها: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، بحيث يستتج من عبارة على الوجه الشرعي، وعبارة تكوين أسرة، أن نكاح المتعة والنكاح المؤقت أنكحة محظورة في المنظومة الأسرية الجزائرية.

المطلب الثالث

طرق التعبير عن الصيغة

حاول المشرع الجزائري، التوسع في طرق التعبير عن الصيغة، التي ينعقد بها الزواج، وذلك بعيدا عن القيود الشكلية، التي يمكن أن تحد من إرادة الطرفين في إبرام العقد، والمضي فيه، ويظهر هذا التوسع على ثلاثة مستويات.

¹ محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، الجزء الأول، كتاب: النكاح، باب: المحلل والمحلل له، حديث رقم 1936، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998، ص. 623.

² محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، الجزء الثالث، كتاب: النكاح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب: ما جاء في المحلل والمحلل له، حديث رقم 1120، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998، ص. 129.

³ وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 64.

الفرع الأول: اللغة

بالرجوع إلى المادة 10 ق.أ، نجد المشرع لم يشر صراحة إلى مسألة اللغة المستعملة في عقد الزواج، مما يحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية وأقوال المذاهب الفقهية في المسألة، إعمالاً لأحكام المادة 222 ق.أ، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز إبرام عقد الزواج بغير اللغة العربية، طالما كانت الألفاظ المستعملة تدل دلالة صريحة على إرادة إبرام عقد الزواج، ودون اشتراط عدم التحكم في اللغة العربية، فيما ذهب الشافعية إلى القول بجواز إبرام عقد الزواج بغير اللغة العربية، ولكن مع اشتراط عدم فهمها من أحد المتعاقدين أو كليهما¹، ولما كان المشرع لم يتقيد بمذهب معين، فللقاضي الحرية في الأخذ برأي الشافعية أو الأحناف في المسألة، وإن كانت المادة العاشرة من قانون الأسرة في فقرتها الأولى فيها ما يوحي أن الإرادة التشريعية اتجهت إلى الأخذ برأي الجمهور، لا برأي الشافعية، وذلك بالنص: "...بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً"، فلم يحدد الكلمات المستعملة في الصيغة، تماماً مثلما لم يحدد اللغة المستعملة، واقتصر على شرط واحد وهو أن تكون الألفاظ المستعملة تفيد معنى النكاح لا غير، وهذا تكريس من المشرع لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية في عقد الزواج.

الفرع الثاني: ما تتحقق به الصيغة

تتفق المذاهب الفقهية على انعقاد الزواج بكل لفظ مشتق من لفظي الزواج والنكاح، وذلك لورودها في نص القرآن في قوله تعالى: "زَوَّجْنَاكَهَا"²، وقوله أيضاً: "وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ"

¹ وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. ص. 40-41. محمد ابن عابدين، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 381. الخطيب الشربيني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص. 140. منصور البهوتي، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص. ص. 38-39.

² سورة الأحزاب، الآية 37.

آبَاؤُكُمْ"¹، كما تتفق على عدم انعقاده بالألفاظ التي لا تفيد التحليل، ولا تدل على تمليك العين في الحال ولا على بقاء الملك مدة الحياة، كالإيداع، والإعارة، والرهن، وغيرها².

غير أنهم اختلفوا في بعض الألفاظ، كالهبة، والصدقة، والبيع، وغير ذلك، فذهب الأحناف، والمالكية على الأرجح إلى القول بانعقاد الزواج بهذه الألفاظ، طالما انصرفت نية المتعاقدين إلى الزواج دون غيره، وفهم الشهود ذلك، لأن المطلوب -حسبهم- التعرف على إرادة العاقدين، وليس للفظ اعتبار³، وقد ورد في الشرع ما يدل على الزواج بلفظ الهبة والتمليك، وذلك في قوله تعالى: "وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ"⁴، وكذا قوله صلى الله عليه وسلم لرجل لا يملك مالا يقدمه مهرا: "قد ملكتها بما معك من القرآن"⁵.

وبهذا الرأي، أخذ المشرع الجزائري في المادة 10 / 1 من ق.أ، وكذا المشرع المغربي في المادة 10 من مدونة الأسرة المغربية، وهذا خلافا للمشرع الأردني الذي اشترط أن تكون الصيغة بالألفاظ الصريحة كالإنكاح والتزويج، وذلك بمقتضى المادة 15 من قانون الأحوال الشخصية.

¹ سورة النساء، الآية 22.

² محمد علي محجوب، الأسرة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار المعرفة، القاهرة، مصر، 1983، ص. 71.

³ لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني. محمد أبو عبد الله، الكليات الفقهية، الدار العربية للكتاب، تونس، 1997، ص. 125.

⁴ سورة الأحزاب، الآية 50.

⁵ أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، كتاب: النكاح، باب: إذا قال الخاطب للولي زوجني فلانة فقال قد زوجتك بكذا وكذا جاز النكاح، حديث رقم 4847، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998، ص. 105.

كما ذهب المالكية إلى القول بانعقاد الزواج بلفظ الهبة، شريطة ذكر المهر، واختلفوا فيما بينهم فيما عدا ذلك من ألفاظ¹.

أما الشافعية والحنابلة، فضيقوا من إرادة الطرفين في اختيار الألفاظ التي يعقد بها الزواج، بحيث اشترطوا استعمال لفظي الزواج والنكاح وما اشتق منهما، دون غيرهما من الألفاظ، لأن الزواج عقد يعتبر فيه النية مع اللفظ الخاص به، وأن الآية الكريمة: "إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ"² هي من خصوصيات النبي عليه الصلاة والسلام، والحديث الشريف: "قد ملكتها بما معك من القرآن"³، إما وهم من الراوي، أو أن الراوي رواه بالمعنى ظنا منه ترادف هذا اللفظ مع لفظ الزواج وبتقدير صحة الرواية، فهي معارضة برواية الجمهور: "زوجتكها"⁴.

الفرع الثالث: انعقاد الزواج بالكتابة أو الإشارة

لما كان عقد الزواج من أكثر العقود خطرا، وأدومها أثرا، فقد حاول المشرع، وسعيا منه لحماية طرفي العقد إلى التشدد نوعا ما في اختيار وسيلة التعبير عن الإرادة، حيث اشترط اللفظ دون غيره بالنسبة للقادر على الكلام، وذلك موافقة لأقوال المذاهب الفقهية في المسألة، التي جعلت الأصل في التعبير عن الإرادة في عقد الزواج اللفظ، إذ لا يلجأ لغيره إلا لضرورة، وفي أضيق الحدود، كأن يكون المتعاقد عاجزا عن الكلام، وقد ميزوا في هذه المسألة بين حالتين؛ حالة التعاقد بين حاضرين، وحالة التعاقد بين غائبين، ففي الحالة الأولى، لا يصح الزواج بالكتابة والإشارة ما دام المتعاقدان قادرين على الكلام، حتى وإن كانت الكتابة بينة وواضحة، والإشارة مفهومة في دلالتها على إنشاء عقد الزواج، فاللفظ هو الأصل في التعبير

¹ أحمد الدردير، الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص. 221.

² سورة الأحزاب، الآية 50.

³ أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، كتاب: النكاح، باب: إذا قال الخاطب للولي زوجني فلانة فقال قد زوجتك بكذا وكذا جاز النكاح، حديث رقم 4847، ص. 105.

⁴ إبراهيم الشيرازي، المهذب في الفقه الشافعي، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994، ص. 41. منصور البهوتي، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص. 27.

عن الإرادة ولا يستغنى عنه ويلجأ لغيره إلا لضرورة، ولا ضرورة هنا، ولأنه لا يتيسر للشهود سماع كلام العاقدين في حالة الكتابة¹.

أما في حالة التعاقد بين غائبين، فوقع خلاف بين المذاهب حول جواز التعاقد بغير اللفظ، فذهب الأحناف إلى القول بانعقاد الزواج بالكتابة أو إرسال رسول، إذا حضر شاهدان عند وصول الكتاب أو الرسول، وذلك عملاً بقاعدة: "الكتابة من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر"، أما المذاهب الأخرى من غير الأحناف، فذهبوا إلى القول بعدم انعقاد الزواج بالكتابة، سواء تعلق الأمر بالتعاقد بين حاضرين، أم بين غائبين، لأن الكتابة كناية، فلو قال الولي للغائب: زوجتك ابنتي، ووصل الكتاب للغائب، وقال: قبلت، لم يصح العقد².

أما بالنسبة للأخرس، فينعقد زواجه بالإشارة المفهومة والمعلومة بالاتفاق إن كان عاجزاً عن الكتابة، لأنها (الإشارة) الوسيلة المتاحة له للتعبير عن إرادته، أما إن كان قادراً على الكتابة، فاختلف الفقهاء في ذلك، حيث ذهب الأحناف إلى القول باشتراط الكتابة، طالما أنه قادر عليها؛ لأنها أقوى في الدلالة على المراد، وأبعد عن الاحتمال من الإشارة، أما عند الجمهور فيستوي أن يعبر عن إرادته بالكتابة أم بالإشارة، حتى وإن كان يجيد الكتابة³.

أما بالنسبة للمشرع، فقد نص في المادة 2/10 ق.أ: "... ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة أو الإشارة".

والملاحظ على هذا النص، أن المشرع قد قيد اللجوء إلى الكتابة والإشارة بشرط العجز عن الكلام، كأن يكون أحد المتعاقدين أو كليهما أخرساً، غير أنه لم يشترط الكتابة لمن يقدر عليها، بل جعل الكتابة والإشارة في مرتبة واحدة، وترك الخيار بينهما للمعني، وإن كانت الكتابة

¹ محمد علي محبوب، المرجع السابق، ص. 75.

² الحسن بن منصور الفرغاني، الفتاوى الخانية، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2009، ص. 482.

³ السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2004، ص. 128.

أقوى وأوضح في الدلالة من الإشارة¹، وبذلك يكون المشرع قد وافق الجمهور في هذه المسألة، وخالف الأحناف، الذين اشترطوا الكتابة، إذا كان العاجز عن الكلام يحسن الكتابة.

وتجدر الإشارة إلى أنه قد يتعلق الأمر بشخص من ذوي العاهتين، كأن يكون أصماً أبكماً، أو أصماً أعمى، أو أبكماً أعمى، ويتعذر عليه التعبير عن إرادته، ففي هذه الحالة، وعملاً بأحكام المادة 80 ق.م، تعين له المحكمة مساعداً قضائياً يساعده في التصرفات التي تقتضيها مصلحته، بما فيها عقد الزواج.

المبحث الثاني

تطابق الإرادتين

الأصل في التعاقد أن يتم بين حاضرين في مجلس عقد حقيقي (المطلب الأول)، غير أن الضرورة قد تقتضي إبرام العقد في مجلس افتراضي (المطلب الثاني)، أو عن طريق الوكالة أو الرسول (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مجلس العقد الحقيقي

يحصل التراضي في مجلس العقد الحقيقي بتطابق إرادتي طرفي العقد، أي الإيجاب والقبول، في نفس الزمان والمكان، شفويًا وعلنياً، في حضرة شاهدين راشدين.

وعليه، نحاول التطرق في هذا المطلب إلى ثلاث نقاط أساسية هي كالاتي: القيمة القانونية للإيجاب (الفرع الأول)، ومطابقة القبول للإيجاب (الفرع الثاني)، والسكوت الملابس (الفرع الثالث).

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصاً وشرحاً، دار الهدى، عين مليلة، 2014، ص. 28.

الفرع الأول: القيمة القانونية للإيجاب

مراعاة للشروط الخاصة بالصيغة، والتي أشرنا إليها سلفاً، فإن الإيجاب لا يكون ملزماً للموجب كأصل، إذ يمكن للموجب أن يعدل عن إيجابه في أي لحظة، طالما لم يصدر القبول عن الموجب إليه¹، وهذا تطبيقاً لأحكام المادة 64 ق.م، التي نصت: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً...".

وللإشارة، فإن الإيجاب لا يسقط حتى وإن تأخر القبول، طالما لم ينفذ مجلس العقد باشتغال الأطراف بموضوع آخر، وطالما لم يوجد ما يدل عن إعراض الموجب وتراجعه عن إيجابه، وعليه فالإيجاب لا يلزم صاحبه، إلا إذا عين له أجلاً أو إذا اتصل به القبول².

الفرع الثاني: مطابقة القبول للإيجاب

لكي ينشأ العقد، لا يكفي صدور الإيجاب والقبول من طرفي العقد، بل لا بد وأن يتطابقا ويتوافقا، حتى يحصل التراضي، وبالتالي، ينعقد العقد³، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة المقررة في القانون المدني. وانطلاقاً من ذلك، لا ينعقد الزواج إلا إذا توافق القبول مع الإيجاب في موضوع العقد، ومقدار المهر، فإن خالفه في شيء من هذا، لم ينعقد العقد.

غير أن هناك خروج عن هذه القاعدة، بحيث ينعقد الزواج بدون حصول هذا التطابق، متى كانت مخالفة القبول للإيجاب فيها خير للموجب⁴، كأن يقول الرجل: هل تقبلين أن تكوني

¹ محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص. 87 وص. 203.

² علي فيلاي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص. 109.

³ مختار لبنى، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1977، ص. 73.

⁴ Ali Bencheneb, théorie générale du contrat, O.P.U, Alger, 1980, p. 43.

زوجة لي بصداق قدره عشرة ملايين سنتيم، فتقول المرأة: قبلت بصداق خمسة ملايين سنتيم، فالتوافق غير حاصل بين الإيجاب والقبول، ومع ذلك ينعقد العقد.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه المسألة في قانون الأسرة، فقد نصت عليها المادة 4/8 من مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري لعام 1914، حيث جاء فيها: "... ألا يخالف القبول الإيجاب ولو في المهر، إلا أن تكون المخالفة في ذلك خير...".

الفرع الثالث: السكوت الملايس

الأصل أن السكوت لا يمكن أن يكون قبولا، لأن السكوت من العدم، والعدم لا يمكن أن يعبر عن أي شيء، وذلك تطبيقا للقاعدة: "لا ينسب لساكت قول"، غير أن هناك استثناء يرد على هذه القاعدة، بمقتضاه يمكن اعتبار السكوت قبولا بالزواج، تطبيقا للقاعدة: "السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان"¹، وكذا قول النبي صلى الله عليه وسلم: "الأيام أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها"².

فالملاحظ، أن الحديث ميز بين ما إذا كانت المرأة ثيبا أي متزوجة من قبل، أو بكرا، فأجاز السكوت للبكر لشدة حيائها، دون الثيب التي اشترط التعبير عن إرادتها صراحة بالقول أو بالفعل³، لأن الأيام تستأمر، والأمر لا يمكن إلا أن يكون صريحا، أما البكر فتستأذن،

¹ جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1983، ص. 158. عبد الرزاق حسن فرج، دور السكوت في التصرفات القانونية: دراسة مقارنة، مطبعة المدني، القاهرة، مصر، 1980، ص. 237 وما يليها.
² محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، الجزء الثالث، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في استثمار البكر والثيب، حديث رقم 1108، ص. 417.

³ رمضان علي الشرنباصي، السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1998، ص. 188 وما يليها.

والإذن يدور بين القول والسكوت، مع اشتراط إظهار علامات السرور والانشراح، التي تفيد القبول والرضا¹.

وإذا كان هذا هو قول الفقهاء بالنسبة للمرأة، فإن الإشكال يثار بالنسبة للرجل: هل يمكن أن يكون سكوت الرجل قبولا أم لا، طالما أنه يمكن أن يصدر الإيجاب من المرأة؟

لم يتناول المشرع هذه المسألة، ولا حتى المراجع الفقهية ذات الصلة بالموضوع، والراجع في اعتقادنا أنه لا يمكن اعتبار سكوت الرجل قبولا، طالما أن سكوت المرأة الأيم لا يعتبر كذلك، وطالما كانت المرأة هي الموجب، والإيجاب لا يمكن أن يكون سكوتا على الإطلاق، لأن العبرة في اعتبار السكوت قبولا هو حياء المرأة البكر، وهذه العلة غير متوفرة بالنسبة للرجل، لأنه أكثر جرأة وشجاعة من المرأة على التعبير صراحة عن إرادته.

المطلب الثاني

مجلس العقد الافتراضي

لم يتناول المشرع الجزائري مسألة الزواج عن طريق الوسائط الإلكترونية، وسكت عنها في نصوص قانون الأسرة، حتى بعد تعديله في سنة 2005، غير أن الفقه الإسلامي الحديث عالج هذه المسألة رغم الاختلاف بين الفقهاء في صحة هذا العقد من جهة (الفرع الأول)، وتكييفه من جهة أخرى (الفرع الثاني).

¹ محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية المغربي، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب، 1998، ص.

الفرع الأول: من حيث صحة العقد

اختلف الفقه الإسلامي في هذه المسألة على رأيين:

- الرأي الأول: يقول بصحة عقد الزواج الإلكتروني، طالما توافرت شروطه الشرعية، وطالما حصل التطابق بين الإرادتين، وفق ما أشرنا إليه أعلاه. ومن الفقهاء المعاصرين الذين قالوا بهذا الرأي: وهبه الزحيلي¹، وبدران أبو العينين²، ودليلهم في ذلك أن الزواج يتم بشروطه وعناصره المقررة شرعا، فهناك تراض بين الطرفين، وولي، وشهود يسمعون ما يدور في مجلس العقد، بل ويجوز لكل من المتعاقدين أن يطلب من الآخر معلومات حول هويته، من شأنها أن تؤكد بأنه الشخص المقصود، ومنه، فلا مانع من إبرام عقد الزواج في البيئة الافتراضية، طالما أن أركانه وشروطه متوفرة في هذه البيئة، مثلما هي متوفرة في البيئة الحقيقية³.

- الرأي الثاني: يقول بعدم جواز إبرام عقد الزواج إلكترونيا، وحثهم في ذلك، انتشار التزوير مع انتشار وسائل الاتصال الحديثة، ولأن الشريعة الإسلامية قد احتاطت في مسألة الفروج، فالأولى والأحوط ألا يتم إبرام عقد الزواج بمثل هذه الوسائل، طالما أنه لا مانع في الشرع من التوكيل في عقد الزواج، وممن قالوا بهذا الرأي، اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء في السعودية، ومجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره السادس بجدة، 1410، قرار رقم 6-3-52، ومما جاء فيه: إن مجلس مجمع الفقه الاسلامي الدولي، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، ونظرا للتطور الكبير الذي حصل في وسائل الاتصال وجريان العمل بها في إبرام العقود لسرعة إنجاز المعاملات المالية والتصرفات، وباستحضار ما تعرض له الفقهاء بشأن إبرام العقود بالخطاب وبالكتابة وبالإشارة وبالرسول،

¹ وهبة الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 58.

² بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص. 95.

³ عماري إبراهيم، محاضرات في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسنية بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2018، ص. 60. عبد الرحمان النجدي، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 2000، ص. 109.

وما تقرر من أن التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتحاد المجلس - عدا الوصية والإيحاء والوكالة- وتطابق الإيجاب والقبول، وعدم صدور ما يدل على إعراض أحد المتعاقدين على التعاقد، والموالاتة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف. قرر ما يلي¹:

أولاً: إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول)، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب)، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

ثانياً: إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة.

ثالثاً: إذا أصدر العارض بهذه الوسائل، إيجاباً محدد المدة يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه.

رابعاً: إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

خامساً: ما يتعلق باحتمال التزيف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات.

أما المشرع الجزائري، فلم يتناول في قانون الأسرة مسألة الزواج عن طريق الوسائط الإلكترونية، وهو ما يحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية والقواعد العامة المقررة في القانون المدني في المسألة، أين نظم المشرع التوقيع الإلكتروني إثر تعديله بالأمر 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، بموجب المادتين 323 مكرر 1 و 2/327، وهو ما يؤكد اتجاه المشرع نحو

¹ منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم 6-3-52 حول إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، العدد السادس، الجزء الثاني، جدة، المملكة العربية السعودية، 2016، ص. 785.

إباحة التعاقد في البيئة الرقمية، خاصة في ظل التطور الملحوظ الذي عرفته وسائل الاتصال الحديثة، التي جعلت من العالم قرية صغيرة يتعامل فيها الناس، دون أي قيود أو حواجز جغرافية أو زمانية، سيما أن عقد الزواج لا يشترط فيه المشرع الشكلية كأصل، فهو عقد رضائي، يكفي فيه توافر الشروط الموضوعية المقررة شرعا وقانونا، وحضور شاهدين على العقد. غير أن المسألة ليست بالأمر الهين، فهي تحتاج من الناحية العملية إلى تأسيس وتدعيم هياكل وآليات الحكومة الإلكترونية، وإنشاء وكالة وطنية لأمن المعلومات¹.

الفرع الثاني: من حيث تكيف مجلس العقد

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة مجلس العقد الذي يتم في البيئة الافتراضية، ما إذا كان مجلس عقد حقيقي، أم حكمي، وذلك لكونه يشبه مجلس العقد الحقيقي من حيث الزمان، ومجلس العقد الحكمي من حيث المكان، وأن الوسائل الحديثة منها ما يجعل التلاقي المكاني والزمني غير ممكن، وهذا تعاقد بين غائبين بلا شك، ومنها ما يجعل التلاقي بالأقوال ممكنا دون الأبدان، وهنا يمكن الحديث عن الخلاف، أو القول إنه مجلس حكمي، وقد انقسموا في ذلك إلى أربعة أقوال²:

- القول الأول: يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن مجلس العقد الذي يتم عن طريق الوسائط الإلكترونية مجلس حقيقي، غير حكمي، وحجتهم في ذلك أن طرفي العقد يعبران عن إرادتهما في زمن واحد، بحيث لا يوجد فارق زمني بين الإيجاب والقبول، ويستطيع كل من المتعاقدين أن يسمع كلام الآخر في وقت واحد.

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول: أحكام الزواج، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص. 147.

² يراجع عرض هذه الأقوال والانتقادات الموجهة إليها: عماري إبراهيم، المرجع السابق، ص. 62. محمد صالح علي، شرح قانون المعاملات المدنية، الباب الثاني: العقد، دار جامعة أم درمان الإسلامية للطباعة والنشر، السودان، ص. 36 وما بعدها.

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد، لأنه يؤسس الطابع الحقيقي لمجلس العقد على عنصر الزمان، دون المكان، والمعروف أنه في مجلس العقد الحقيقي، يكون المتعاقدان حاضرين في نفس الزمان، وفي نفس المكان.

- القول الثاني: خلافا للرأي الأول، يرى أنصار هذا الرأي أن التعاقد الإلكتروني يعتبر تعاقدًا بين غائبين، نظرا لوجود فارق زمني ومكاني بين صدور الإيجاب والقبول، وقد سار في هذا الاتجاه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، في مؤتمره السادس، المنعقد في جدة، من 14 إلى 20 مارس 1990.

وعلى غرار الرأي الأول، تعرض هذا الرأي هو الآخر للانتقاد، لكون التعاقد بين غائبين يقتضي وجود فارق في الزمان، واختلاف في المكان، وفي قضية الحال، فإن الاختلاف في المكان موجود، ولكن الفارق الزمني غير موجود، إذ يمكن للمتعاقدين أن يسمعا كلام بعضهما في نفس اللحظة، ودون أي فارق زمني.

- القول الثالث: يذهب أصحاب هذا الرأي إلى إعطاء تكييف مزدوج للتعاقد عن طريق الوسائط الإلكترونية، بحيث يعتبرونه تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان، وتعاقدًا بين غائبين من حيث المكان، وذلك نظرا لوجود اختلاف في المكان، وعدم وجود فارق في الزمان، أي بين صدور الإيجاب والقبول، فمجلس العقد مجلس مختلط بين المجلس الحقيقي والمجلس الحكمي.

وقد تعرض هذا الاتجاه هو الآخر للنقد، ذلك أنه فصل بين عنصري مجلس العقد (الزمان والمكان)، وهو أمر غير مقبول، لأن مجلس العقد لا يمكن أن يقوم بركن واحد فقط، فهو إما أن يكون حقيقيا، وإما أن يكون حكما.

- القول الرابع: يرى مؤيدو هذا القول أن إبرام عقد الزواج في البيئة الرقمية الافتراضية يعتبر تعاقدًا بين غائبين، ولكن من طبيعة خاصة، إذ لا يمكن اعتباره تعاقدًا بين غائبين مطلقا، ولا تعاقدًا بين حاضرين مطلقا، ولا تعاقدًا بين حاضرين وغائبين في نفس الوقت، لأن التعاقد بين

حاضرين يقوم على وحدة الزمان والمكان، والتعاقد بين غائبين يقوم على وجود فارق في الزمان واختلاف في المكان، فهو تعاقد بين غائبين كقاعدة، لأنه يقوم على وجود اختلاف في المكان، ولكن ذو طبيعة خاصة، لأنه لا يوجد هناك فارق في الزمان، أي لا يوجد هناك فاصل بين صدور القبول والعلم به.

وفي اعتقادنا، فإن هذا القول هو الأرجح والأقرب إلى الصواب، لأنه يقوم على مبرر معقول إلى أبعد الحدود.

المطلب الثالث

التعاقد عن طريق الوكالة والرسول

قد يتعذر على الراغب في إبرام عقد الزواج مباشرته بنفسه لظروف وأسباب معينة، مما يجعله أمام خيارين: إما الامتناع عن المضي في هذا العقد، وإما اللجوء إلى آليات قانونية تمكنه من إبرام العقد بواسطة شخص آخر، إما عن طريق الوكالة (الفرع الأول)، وإما عن طريق رسول (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الوكالة في عقد الزواج

كان المشرع الأسري ينص على الوكالة في عقد الزواج في المادة 20 ق.أ، وذلك بقولها: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، غير أنه في تعديله لقانون الأسرة سنة 2005، قام بإلغاء هذه المادة، مما طرح التساؤل وسط المهتمين بقضايا الأسرة: هل إلغاء المادة 20 يعني إلغاء الوكالة، أم أنه مجرد سكوت يقتضي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، بموجب المادة 222 ق.أ، وكذا القواعد العامة المقررة في القانون المدني؟ وهو ما سنحاول معالجته في الفقرات التالية:

أولاً: الأحكام العامة للوكالة في القانون المدني

نظمت الإرادة التشريعية أحكام الوكالة كنوع من النيابة الاتفاقية من خلال القواعد العامة في القانون المدني، ويتعلق الأمر بالمواد من 73 إلى 77 المنظمة للنيابة في التعاقد، وكذا المواد من 571 إلى 589 التي جاءت تحت عنوان الوكالة، والوكالة حسب المادة 571 ق.م، عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه. وبنوع من الاختصار والإيجاز، نحاول الإشارة إلى بعض أحكامها فيما يلي:

1- شروط الوكالة:

بغض النظر عن الشروط العامة الواجب توافرها في أي عقد، فإن هناك بعض الشروط الخاصة، التي يلزم توافرها في عقد الوكالة، حتى يكون صحيحاً، ومرتباً لآثاره القانونية، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أ- حلول إرادة الوكيل محل إرادة الأصيل:

مقتضى هذا الشرط أن يقوم الوكيل بمباشرة العقد مكان الأصيل، خلافاً للرسول، الذي يقتصر دوره على نقل إرادة أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر، أي أن التصرف القانوني ينشأ بإرادة الوكيل التي تحل محل إرادة الأصيل¹، وتترتب على أعمال هذا الشرط نتيجة غاية في الأهمية، وهي الاعتداد بإرادة الوكيل، لا بإرادة الأصيل فيما يخص الأهلية وعيوب الرضا، والعلم ببعض الظروف المتصلة بالعقد، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 73 ق.م، ومن ثم، فإن صحة التصرف مرتبطة بالوكيل لا بالأصيل، لأنه يحصل في بعض الأحيان أن يكون الوكيل

¹ أنور سلطان، مصادر الالتزام: الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983، ص. 13.

أهلا للقيام بالتصرف، في حين يكون الأصيل غير أهل لذلك، بل قد يكون نقص أهليته هو الدافع إلى توكيل الغير للقيام بالتصرف نيابة عنه¹.

ويعتبر التعاقد عن طريق الوكالة تعاقدًا بين حاضرين، لا بين غائبين، طالما تطابقت إرادتي المتعاقدين في نفس الزمان والمكان.

ب- مباشرة التصرف باسم الأصيل ولحسابه:

رغم الاعتداد بإرادة الوكيل في العقد، إلا أن هذا الأخير لا يتصرف باسمه، ولا لحسابه، بل يتصرف باسم ولحساب الأصيل²، لأجل ذلك، لا بد أن يكون المتعاقد الآخر على علم بذلك، بحيث يتعين على الوكيل أن يعلن للمتعاقد معه أنه يباشر العقد بصفته وكيلا عن غيره، لا أصيلا عن نفسه³، وهو ما أكدته المادة 75 ق.م، وإذا حصل ولم يعلن الوكيل أنه يتعاقد باسم موكله، فإن العقد لا يرتب أثره في حق الأصيل، ويكون حكمه البطلان المطلق، لعدم توافق الإرادتين؛ لأن إرادة الوكيل اتجهت إلى إبرام التصرف وإحداث أثره بالنسبة للأصيل، وأما الطرف الآخر فإرادته اتجهت إلى إبرام التصرف وإحداث أثره مع شخص النائب.

غير أنه يستثنى من هذه القاعدة حالتين، لا يلزم فيهما الوكيل بالإعلان للمتعاقد الآخر بوجود الوكالة؛ أولهما: إذا كانت ظروف الحال تقتض حتما علم الغير بوجود الوكالة، رغم

¹ تكفي الأهلية الناقصة في النائب، طالما أن آثار التصرف تتصرف إلى ذمة الأصيل الذي يجب أن تتوفر فيه الأهلية اللازمة للتصرف. يراجع: عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1971، ص. 104. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1952، ص. 243.

² محمود جمال الدين زكي، الوجيز في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، القاهرة، مصر، 1976، ص. 107-108.

³ يحصل في بعض الأحيان أن يتعاقد الشخص لحسابه لكن بواسطة اسم مستعار:

– Jacques Flour et Jean–Luc Aubert, droit civil, vol 1: l'acte juridique, Sirey, Paris, 2014, p.

عدم إعلان الوكيل عن ذلك، وثانيهما: إذا كان يستوي لدى الغير أن يتعامل مع الوكيل أم الأصيل.

ج- عدم تجاوز حدود الوكالة:

لما كان الوكيل يتصرف باسم ولحساب الأصيل، ووفق عقد وكالة مبرم بينهما، فإنه يتعين على الوكيل ألا يتجاوز الحدود المتفق عليها في عقد الوكالة، ومتى حصل ذلك، لا تتصرف آثار العقد إلى الأصيل، تماما مثلما لا تتصرف إلى الوكيل، طالما أنه لم يقصد إلزام نفسه¹، وفي هذه الحالة، يكون مصير العقد حسب اعتقادنا موقوفا على إجازة الأصيل، وما يكون أمام المتعاقد الآخر في حالة عدم إجازة العقد من طرف الموكل إلا الرجوع على الوكيل، ومطالبته بالتعويض عما أصابه من ضرر، جراء عدم تنفيذ العقد في حق الأصيل، وذلك عملا بأحكام المادة 74 ق.م.

غير أن هناك بعض الاستثناءات ترد على هذه القاعدة، أين تتصرف آثار العقد إلى الأصيل، رغم تجاوز حدود الوكالة وهي²: إذا كان في تجاوز حدود الوكالة نفع للأصيل، أو إذا اعتقد الغير بسبب خطأ الأصيل أو إهماله بحسن نية، أن التصرف صادر عن الوكيل في حدود سلطته، أو إذا انتهت الوكالة، وكان كل من الوكيل والمتعاقد معه يجهلان ذلك (المادة 76 ق.م)، أو إذا لم تكن هناك إمكانية لإخطار الأصيل بالمجازة.

¹ عبد الودود يحي، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1978، ص. 58.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 39.

2- آثار الوكالة:

- تترتب على الوكالة آثار قانونية بالنسبة للأصيل، والوكيل، والغير.
- بالنسبة للأصيل: تتصرف إليه آثار العقد من حقوق والتزامات، طالما كان تصرف الوكيل غير مخالف لعقد الوكالة¹.
- بالنسبة للوكيل: ما دام يتصرف باسم الأصيل ولحسابه، فإنه لا يلزم بأي التزام، ولا يكتسب أي حق، وعليه، فإن الإخلال بالالتزامات المترتبة على العقد، يقتضي مساءلة الأصيل، لا الوكيل².
- بالنسبة للغير: تنشأ بينه وبين الأصيل علاقة دائنية، بحيث يكتسب الحقوق، ويتحمل الالتزامات المترتبة على العقد، ويسأل عن تنفيذه وفق أحكام وقواعد المسؤولية المدنية³.

ثانيا: الوكالة في عقد الزواج بين الوجود والعدم

بالغاء نص المادة 20 ق.أ إثر تعديل سنة 2005، ثار جدل وسط الباحثين في شؤون الأسرة حول قصد المشرع من وراء إلغائه هذا النص⁴: هل قصد إلغاء الوكالة في عقد الزواج، أم لا؟

إن إلغاء نص قانوني، قد يوحي للبعض أن المشرع يقصد من ورائه إلغاء الحكم المقرر فيه، كما فعل بالنسبة للمادة 12 ق.أ، المتعلقة بولاية الإيجابار، حيث ألغاه المشرع بموجب تعديل قانون الأسرة في سنة 2005، مع أننا نعتقد أن إلغاء ولاية الإيجابار لم يتم بإلغاء نص المادة 12، وإنما ألغيت بمقتضى مضمون المادتين 11 و13 من القانون ذاته.

¹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 39.

² عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص. 59.

³ المرجع نفسه.

⁴ يرى الأستاذ العربي بلحاج أن إلغاء المادة 20 من قانون الأسرة يعني إلغاء الوكالة في عقد الزواج. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 168.

وقياسا على ذلك، يبدو لنا أن المشرع لم يقصد من وراء إلغاء نص المادة 20 ق.أ، إلغاء الوكالة في عقد الزواج؛ وذلك لسببين رئيسيين:

- السبب الأول: نص المادة 20 كان كالتالي: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، ولو كان المشرع يريد منع الوكالة في عقد الزواج، لاكتفى بإضافة حرف النفي "لا"، وأصبح نص المادة كالتالي: "لا يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج، ولو بوكالة خاصة"، وبذلك يتصدى المشرع لأي خلاف أو تأويل.

- السبب الثاني: المشرع بإلغاء نص المادة 20 ق.أ، لم يضمن قانون الأسرة أي حكم يمنع الوكالة في عقد الزواج، مما يعني أن هناك فراغ قانوني في المسألة، وهذا الفراغ يحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية، وأحكام الشريعة الإسلامية تجيز الوكالة في الزواج، مع تأكيد ضرورة التوجه نحو تضييق نطاقها، وذلك نظرا للأهمية البالغة لعقد الزواج، وخطورة الآثار القانونية التي يترتبها¹.

الفرع الثاني: الزواج عن طريق الرسول

خلافًا للزواج عن طريق الوكالة، أين تحل إرادة الوكيل محل إرادة الأصيل، فإنه في الزواج عن طريق الرسول، يقتصر دور هذا الأخير على نقل إرادة أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر، ويدخل في حكمه الوكيل، الذي يتعاقد وفق تعليمات الأصيل، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن التعاقد عن طريق الوكالة، يعتبر تعاقدًا بين حاضرين إذا كان الوكيل حاضرًا بمجلس العقد، خلافًا للتعاقد عن طريق الرسول، الذي يعتبر تعاقدًا بين غائبين، ومنه تثار مسألة مكان وزمان انعقاد العقد.

¹ Laarbi Belhadj, les atteintes à la liberté du mariage, revue Algerienne, université d'Alger, 1988, n : 02, p. 425.

ظهرت في هذا الشأن أربع نظريات، نحاول عرضها (أولاً)، ثم نحدد موقف المشرع الجزائري منها (ثانياً)، ثم نبين أهميتها (ثالثاً).

أولاً: عرض النظريات¹

انقسمت هذه النظريات إلى اتجاهين، اتجاه يعتد بتواجد الإرادتين (1)، واتجاه يعتد بتبادل الإرادتين (2).

1- تواجد الإرادتين:

وفقاً لهذا الاتجاه، ينعقد العقد في الوقت الذي يوجد فيه الإيجاب والقبول، وقد كرسته نظريتان:

أ- نظرية الإعلان عن القبول:

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد يتم في المكان والزمان اللذين يمضي فيهما الموجب له لما تضمنته الرسالة، أي بمجرد إعلانه عن قبوله للإيجاب الموجه إليه، ومن إيجابيات هذه النظرية أنها تتماشى مع ما تقتضيه المعاملات التجارية من سرعة في التعامل، غير أن العمل بها من شأنه أن يؤدي إلى خلق صعوبة في الإثبات، لأنه قد يحصل أن يتراجع القابل عن قبوله، دون أن يعلم الموجب بذلك.

ب- نظرية تصدير القبول:

مقتضى هذه النظرية أنه لا يكفي لانعقاد العقد الإعلان عن القبول، بل لا بد من تصديره إلى الموجب له، بحيث ينشأ العقد في المكان والزمان اللذين يبعث فيهما الموجب له

¹ عبد الحي حجازي، نظرية الالتزامات: النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، المجلد الأول، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص. 15.

الرسالة التي تتضمن قبوله، أو الوقت الذي يسافر فيه الرسول. وعلى غرار نظرية الإعلان، فإن الموجب لا يعلم وقت انعقاد العقد، لأنه لا يعلم أصلاً وقت تصدير القبول، غير أنه خلاف للنظرية الأولى، فإنه يجوز للقابل أن يتراجع عن قبوله شريطة أن يبلغ هذا التراجع للموجب قبل أن يصل إليه القبول.

2- تبادل الإرادتين:

خلافاً للنظريتين السابقتين، يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بضرورة تبادل المتعاقدين الإيجاب والقبول، وقد سارت في هذا الاتجاه نظريتان:

أ- نظرية تسليم القبول:

مؤدى هذه النظرية، أن العقد يتم في المكان والزمان اللذين يستلم فيهما الموجب الرسالة المتضمنة قبول الموجب إليه، دون حاجة إلى العلم بمضمونها، بحيث تقوم هذه النظرية على فكرة التوزيع العادل لمخاطر الطريق بين الموجب والموجب له، إذ يتحمل الموجب له خطر ضياع أو تأخير القبول، بينما يتحمل الموجب تبعة عدم علمه بالقبول من وقت وصوله، مع أنه يعاب على هذه النظرية أن كلا من المتعاقدين يجهل وقت انعقاد العقد وأنها لا توفر الحماية اللازمة للموجب له في حالة ضياع أو عدم تسلّم القبول، وللموجب الذي لم يرتكب أي خطأ عند عدم اطلاعه على القبول.

ب- نظرية العلم بالقبول:

مفاد هذه النظرية، أن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بقبول الموجب إليه، إذ لا يكفي استيلاء الرسالة حتى ينعقد العقد، بل لا بد من العلم بمضمونها، حتى يكون العقد نهائياً، وقبل هذه اللحظة، يكون من حق الموجب الرجوع عن إيجابه، ويكون من حق القابل الرجوع عن قبوله، ومن إيجابيات هذه النظرية، أنها تحقق استقرار المعاملات، وتمنح فرصة

للموجب له للتراجع عن قبوله، وفي مقابل ذلك، تبقى مسألة إثبات وقت العلم بالقبول، غاية في الصعوبة، مما قد يفتح الباب أمام الموجب للتعسف في حق الموجب له.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات

أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول، رغم كون القبول أمر باطني يصعب إثباته، وقد كرس المشرع الجزائري هذا الموقف في المادة 67 ق.م، التي جاء فيها: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ... ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

ويلاحظ على هذه المادة أمران:

- الأول: أن المشرع قد راعى الانتقاد الموجه إلى هذه النظرية، وذلك بأن جعل وصول الرسالة إلى الموجب قرينة بسيطة على العلم بالقبول، وأنه من ادعى عكس ذلك، فعليه أن يثبت ادعاءه¹.

- الثاني: الطابع المكمل للقاعدة المقررة في هذه المادة، إذ أجاز المشرع للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها، وعدم الاعتداد بها، شريطة عدم الخروج عن النظام العام.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 123.

ثالثاً: أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد

تكمن أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد على التوالي:

1/ أهمية تحديد الزمان¹:

تظهر أهمية تحديد زمان انعقاد العقد في المسائل التالية:

- تحديد مقدار الالتزامات المرتبطة بعنصر الزمن.
- معرفة أحقية المتعاقدين في العدول عن الإيجاب والقبول حسب الحالة.
- تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة صدور قانون جديد.
- تطبيق قواعد التنازع، إذ عادة ما يجعل المشرع زمان انعقاد العقد ضابطاً لإسناد، كما جاء في المادة 12 ق.م.
- حساب الآجال والمواعيد المعتبرة قانوناً من تاريخ انعقاد العقد.

2/ أهمية تحديد المكان²:

- تحديد الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي تنظر في النزاع الناشئ بشأن العقد.
- تطبيق قواعد التنازع في الحالات التي يكون فيها مكان إبرام العقد ضابطاً لإسناد، كما هو الحال بالنسبة لشكل التصرفات القانونية (المادة 19 ق.م).

¹ توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مصر، 1981، ص. ص. 103-105.

² عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1950، ص. 155.

الفصل الثاني

صحة التراضي من

خلال توفر الأهلية

الفصل الثاني

صحة التراضي من خلال توفر الأهلية

لكي يعتد بالإرادة في عقد الزواج، لا بد وأن تكون صادرة عن ذي أهلية، إذ لا يمكن للإرادة أن ترتب آثارها القانونية، إلا إذا كان صاحبها بالغاً سن الزواج، المحددة بـ 19 سنة كأصل عام، وعليه، فإن أي زواج يبرم مخالفاً لأحكام الأهلية، يفترض أن يترتب عليه جزاء قانونياً.

وتأسيساً على ذلك، نحاول معالجة أحكام الأهلية كشرط لصحة الرضا في عقد الزواج، من خلال: تعريفها، وبيان أنواعها (المبحث الأول)، وتحديد مراحلها (المبحث الثاني)، ثم بيان عوارضها (المبحث الثالث)، وموانعها (المبحث الرابع).

المبحث الأول

تعريف الأهلية وبيان أنواعها

يمكن تعريف الأهلية، بأنها صلاح الشخص لكسب الحقوق، وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية، التي من شأنها أن ترتب له هذا الأمر، أو ذلك¹.

وتعرف أيضاً، بأنها صلاحية الشخص لأن تتعلق به حقوق له، أو عليه، ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية، والقضائية، المتعلقة بهذه الحقوق².

وانطلاقاً من هذين التعريفين، يتبين أن الأهلية تنقسم إلى نوعين: أهلية وجوب، وأهلية أداء، مع أن الغالب في اصطلاح الأهلية، أن ينصرف إلى النوع الثاني، لا إلى النوع الأول،

¹ محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الطبعة الثالثة، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، مصر، 1969، ص. 438.

² رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص. 232.

الفصل الثاني: — صحة التراضي من خلال توفر الأهلية

فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق، وتحمل الواجبات التي يقرها القانون، فهي تتصل بالشخصية القانونية، لا بالإرادة¹، إذ تثبت للإنسان منذ ولادته، وأحيانا قبل ذلك، أي عندما يكون جنينا في بطن أمه، فيكون له الحق في الميراث، والوصية، وحتى الهبات، كما تثبت له بعد وفاته، إلى غاية تصفية تركته، وتسديد ديونه، والأصل في هذه الأهلية، ألا تشوبها أي عيوب، أو عوارض، أو موانع، فهي مستمرة طيلة حياة الإنسان².

أما أهلية الأداء، فهي تتضمن زيادة على أهلية الوجوب، صلاحية الشخص لإعمال إرادته، إعمالا من شأنه أن يرتب الآثار القانونية المقصودة، بحيث يكون له أن يباشر بنفسه التصرفات القانونية، التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا، أو تحمله التزاما، على وجه يعتد به قانونا³.

وانطلاقا من ذلك، لا يمكن أن تثبت للشخص أهلية الأداء، دون أهلية الوجوب، كون الثانية تدخل في الأولى بطريق التضمن، في حين يتصور أن تثبت أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، ومنه تكون العلاقة بينهما علاقة العموم والخصوص المطلق، هذا وقد يؤدي نقص أهلية الأداء إلى نقص أهلية الوجوب في الحالات التي لا تجوز فيها الإنابة في مباشرة الحق⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن تمتع كل الأشخاص بأهلية الوجوب، لا يعني تمتعهم بكل الحقوق، وتحملهم لكل الالتزامات، فقد يحصل أن يحرم القانون بعض الأشخاص -بصفتهم، ومراكزهم القانونية، لا بذواتهم- من بعض الحقوق، أو يعفيهم من بعض الالتزامات، كحرمان المرأة من

¹ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص. 108.

² مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار العلم، دمشق، سوريا، 1998، ص. 785.

³ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957، ص. ص. 261-262.

⁴ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص. ص. 787-788.

حق الانتخاب والترشح للمجالس النيابية في بعض الدول، وكذا إعفائها من أداء واجب الخدمة الوطنية في جل دول العالم¹.

المبحث الثاني

مراحل الأهلية

سبق أن قلنا إن اصطلاح الأهلية ينصرف في الغالب الأعم إلى أهلية الأداء، لا إلى أهلية الوجوب، ومن ثم، فالمقصود بمراحل الأهلية في هذا المقام، مراحل أهلية الأداء، وتمر كأصل بثلاث مراحل أساسية: مرحلة انعدام الأهلية (المطلب الأول)، ومرحلة نقص الأهلية (المطلب الثاني)، ومرحلة اكتمال الأهلية (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مرحلة انعدام الأهلية

تبدأ هذه المرحلة من وقت ولادة الشخص حيا، إلى غاية بلوغه سن التمييز، يكون خلالها الشخص متمتعاً بأهلية وجوب كاملة، دون أهلية الأداء، إذ لا تثبت له هذه الأخيرة مطلقاً، طالما أنه منعدم التمييز والإدراك، الذي هو مناط الأهلية²، وقد حدد المشرع الجزائري سن التمييز، ببلوغ 13 سنة، عملاً بأحكام المادة 2/42 ق.م: "... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"، وذلك، بعد أن كانت قبل تعديل سنة 2005 تحدد هذا السن بـ 16 سنة، وهو ما أكدته المادة 82 ق.أ: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني..."، وهذا خلافاً لبعض التشريعات العربية مثل المادة 2/45 من القانون المدني المصري، والمادة 3/118 من القانون المدني الأردني، وكذا المادة 2/97 من القانون المدني

¹ حسين كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993، ص. 519.

² المرجع نفسه، ص. 577.

الفصل الثاني: — صحة التراضي من خلال توفر الأهلية

العراقي، التي حددت سن التمييز بسبع سنوات كما هو متعارف عليه في الشريعة الإسلامية، ووفق ما استقر عليه القضاء الفرنسي¹.

وخلال هذه المرحلة، لا يكون للصبي غير المميز، القيام بأي تصرف قانوني، سواء كان نافعا نفعاً محضاً، أم ضاراً ضرراً محضاً، أم دائراً بين النفع والضرر²، ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً أي تصرف يصدر منه في هذه المرحلة، بما في ذلك الزواج، إذ لا يمكن لغير المميز إبرام عقد الزواج، لا بنفسه، ولا بوليّه، لأنه لا إدراك له، ولا تمييز، فيكون تبعاً لذلك، لكل من له مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد، بل على القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، ولو لم يتمسك به أي طرف في الدعوى³، وهو ما نصت عليه المادة 1/42 ق.م: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون"، وأعدت تكريسه المادة 82 ق.أ.

ومن جهة أخرى، فإن الزواج قد شرعه الله تعالى للمعايشة، والتناسل، وتكوين أسرة، ولن يتحقق شيء من هذا خلال هذه المرحلة، مما يجعل الزواج ضرب من اللهو والعبث، لا أكثر⁴.

المطلب الثاني

مرحلة نقص الأهلية

تبدأ هذه المرحلة من سن التمييز، المحددة في القانون المدني بـ 13 سنة، وتنتهي ببلوغ الصبي 19 سنة كاملة، وهي سن اكتمال الأهلية، وذلك استناداً لأحكام المادة 43 ق.م،

¹ بناسي شوقي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص. 334.

² محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، الجزء الثاني: نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص. 372.

³ فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية: نظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، ص. 77. عبد الحميد بن شنيبي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني: نظرية الحق، القاهرة، مصر، 2008، ص. 118.

⁴ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص. 30. علي بن حزم الأندلسي، المحلى في شرح المجلى، الجزء التاسع، دار الجيل، بيروت، لبنان، ص. 458.

وسميت بمرحلة التمييز، لأن الصبي يتمكن خلالها من معرفة مضاره، ومنافعه، مع أننا نؤكد عدم اكتمال تمييزه خلال هذه المرحلة، لأن ذلك يعني بلوغ سن الرشد، فالصبي يبقى ناقص العقل، وكل ما في الأمر أنه توافرت له بعض أسباب التمييز¹.

ومن هنا، يثار التساؤل حول مصير التصرفات القانونية التي يباشرها الصبي المميز؟

أجاب المشرع على هذا التساؤل في موضعين مختلفين، إجابة متوافقة في بعض الجوانب، ومتناقضة في بعض الجوانب الأخرى.

ففي القانون المدني، لم يذكر المشرع الجزائري في القانون المدني حكما صريحا للتصرفات القانونية، التي يجريها ناقص الأهلية، حيث إنه اكتفى في المادة 43 بتحديد سن التمييز فقط، ثم نص في المادة 101 على أنه: "يسقط الحق في الإبطال إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب...". ويلاحظ من خلال هذا النص، أن المشرع قد اعتبر بشكل ضمني تصرفات ناقص الأهلية قابلة للإبطال، لأنه كان بصدد تحديد مدة التقادم الخاصة بحالات العقد القابل للإبطال، كما يلاحظ أن المشرع في القانون المدني لم يقسم تصرفات الصبي المميز، ليثار التساؤل هل هذا الحكم يشمل كل التصرفات، أم يشمل فقط التصرفات الدائرة بين النفع والضرر؟

رغم عدم نص المشرع على هذه المسألة، إلا أن الراجح في اعتقادنا، أن المشرع، إنما قصد التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، دون التصرفات النافعة نفعا محضا، والتصرفات الضارة ضررا محضا، وبذلك تكون تصرفات الصبي النافعة نفعا محضا صحيحة ويعتد بها

¹ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص. 451.

الفصل الثاني: — صحة التراضي من خلال توفر الأهلية

قانونا، والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال وفق المادة 101 ق.م، والتصرفات الضارة ضررا محضا باطلة بطلانا مطلقا¹.

وخلافا لما جاء في القانون المدني، كان المشرع واضحا في بيان حكم تصرفات الصبي المميز في قانون الأسرة، وذلك بمقتضى المادة 83، التي جاء في نصها: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

وبذلك، يكون المشرع قد ميز بين التصرفات النافعة نفعا محضا، والتصرفات الضارة ضررا محضا، والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، حيث اعتبر الأولى صحيحة ومرتبطة لآثارها، والثانية باطلة بطلانا مطلقا، في حين ترك الثالثة متوقفة على إجازة الولي أو الوصي².

وحسنا فعل المشرع عندما ميز بين هذه التصرفات، ليكون بذلك قد أزال اللبس الموجود في المادة 101 ق.م. غير أنه خلق مشكلا آخر، وهو التناقض الموجود بين نص المادة 83 ق.أ. والمادة 101 ق.م. فيما يخص حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، إذ قضت الأولى بعدم نفاذ التصرف إلى حين إجازته من قبل الولي، أو الوصي، في حين رتبت الثانية قابلية التصرف للإبطال، ولأن التناقض بين الفكرتين واضح، والجمع بينهما أمر مستحيل، فإن اختيار أحد الحكمين، والتخلي عن الآخر أمر لا بد منه:

1- رغم حداثة نص المادة 101 ق.م. مقارنة بنص المادة 83 ق.أ، وذلك كون المادة 101 طالها التعديل سنة 2005، دون المادة 83، ورغم تعديل قانون الأسرة في ذات السنة، إلا أننا

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص. 271. بناسي شوقي، المرجع السابق، ص. 237.

² بناسي شوقي، المرجع نفسه، ص. 337.

نرى من جهتنا أفضلية الاعتداد بنص المادة 83 ق.أ، وتجاوز نص المادة 101 ق.م، وذلك للأسباب التالية:

- نص المادة 83 ق.أ. ورغم بعض النقص الذي يعتريه، إلا أنه كان أكثر وضوحا وتفصيلا في حكم تصرفات الصبي المميز، مقارنة بنص المادة 101 ق.م، التي لم تميز بين أنواع التصرفات من جهة، والتي يقتصر حكمها على العقد، دون التصرفات الأخرى من جهة ثانية.

- فكرة التصرف الموقوف أكثر انسجاما مع مبدأ استقرار المعاملات من فكرة الإبطال، وأكثر حماية لمصالح القاصر مقارنة بالإبطال الذي من قواعده العامة ترتيب جميع الآثار القانونية منذ نشأته¹.

2- قانون الأسرة نص خاص مقارنة بالقانون المدني، الذي يعتبر الشريعة العامة، وتطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام، فإن النص الأجر بالتطبيق، هو نص المادة 83 ق.أ، وليس نص المادة 101 ق.م.

ومع ذلك، فإننا ندعو المشرع إلى تعديل نص المادة 83، وفق مقترح الدكتور محمد سعيد جعفرور²: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من التقنين المدني، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فتكون موقوفة على إجازته بعد بلوغه سن الرشد أو على إجازة وليه أو وصيه قبل بلوغ هذه السن.

ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو الرد خلال سنة واحدة، فإذا لم يصدر خلال هذه المدة ما يدل على الرغبة في رد العقد اعتبر العقد نافذا.

¹ فريدة محمدي، المرجع السابق، ص. 78. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 272.

² محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002، ص. 32.

الفصل الثاني: — صحة التراضي من خلال توفر الأهلية

ويبدأ سريان هذه المدة من وقت بلوغ القاصر سن الرشد أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي أو الوصي بصدور العقد".

ومن هنا، فحري بنا أن نتساءل عن حكم عقد الزواج، الذي يتم خلال مرحلة نقص الأهلية؟

نصت المادة 7 ق.أ: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة..."، وذلك بعد أن كانت قبل تعديلها سنة 2005 تنص: "تكتمل أهلية الرجل للزواج بتمام الواحد والعشرين سنة والمرأة بتمام الثامنة عشر سنة...".

وما يلاحظ على نصي هاتين المادتين ما يلي:

- وحد المشرع بين أهلية الرجل والمرأة في الزواج من جهة، وبين أهلية الزواج وسن الرشد في القانون المدني من جهة أخرى، وذلك بأن جعلها 19 سنة ميلادية، وبذلك، يكون قد وضع حدا لما قد ينشأ من مشاكل وتناقضات بسبب هذا الاختلاف، إذ لا يعقل للمرأة أن تتزوج في سن 18 سنة، ثم تحرم من مباشرة تصرفات قانونية، قد تقتضيها الحياة الزوجية.

- حدد المشرع أهلية الزواج بـ 19 سنة، مع أن البلوغ عادة ما يكون قبل هذه السن، وهو ما يعد تقييدا من المشرع لإرادة الطرفين في إبرام عقد الزواج، مع أن هذا التقييد جائز من وجهة النظر الشرعية، لأنه لا مانع للحاكم أن يقيد المباح، أخذاً منه بعين الاعتبار متغيرات الزمان ومستجدات العصر، فالرشد في ظل حياة اجتماعية ساذجة وبسيطة، يختلف عنه في ظل حياة متشعبة ومعقدة.

أما بالنسبة لمصير الزواج المبرم قبل هذه السن، أي خلال مرحلة نقص الأهلية، فإن قانون الأسرة لم يتناول هذه المسألة، بل تناولها القانون الصادر في 29 جوان 1963، المتعلق بتنظيم سن الزواج، وإثبات العلاقة الزوجية، الذي نص في المادة الثالثة منه: "كل زواج أبرم

خلافًا لأحكام المادة الأولى، يكون باطلاً إذا لم يلحقه دخول، ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصياً أو من النيابة العامة أو ممن تكون له مصلحة فيه، على أن يكون قابلاً للبطلان إذا لحقه دخول، وذلك بناءً على طلب كل واحد من الزوجين دون غيرهما¹.

وعليه، فإن المشرع ميز فيما يخص حكم الزواج المنعقد خلافًا لأحكام الأهلية بين حالتين:

- في حالة عدم الدخول: يقع الزواج باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويجوز الطعن فيه من طرف الزوجين، أو النيابة العامة، أو من له مصلحة.

- في حالة الدخول: يكون قابلاً للإبطال، بناءً على طلب كل واحد من الزوجين، دون غيرهما.

وبذلك، يكون المشرع قد راعى في هذا الحكم الحفاظ على استقرار الأسرة، إذ أقر البطلان المطلق في حالة عدم الدخول، بحيث يكون الزواج في حكم العدم¹، ويكون الحكم الصادر بشأنه حكماً كاشفاً غير منشئ، في حين ترك الحرية لطرفي العقد في المطالبة بإبطاله من عدمها في حالة الدخول، مع الملاحظ أن المشرع لم يميز بين طرفي العقد، حيث يفهم من نص هذه المادة، أن حق المطالبة بالإبطال لم يقرر لصالح ناقص الأهلية فقط، بل قرر كذلك للطرف الآخر، حتى وإن كان كامل الأهلية، وهذا أمر فيه نوع من الغرابة.

ومن جهتها، قضت المحكمة العليا بأنه من المقرر شرعاً أن عدم توافر أهلية الزواج، ينتج عنه بطلانه²، وأن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها، هو تطبيق صحيح للقانون³.

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 118.

² المحكمة العليا، غ.ق.خ، 07-12-1966، م.ج، 1968، العدد 1، ص. 139.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 21-02-2001، ملف رقم 255711، م.ق، 2002، العدد 2، ص. ص. 425-426.

وتجدر الإشارة، أن أحكام الأهلية من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهو ما أقرته المادة 45 ق.م: "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها"، وعليه، فإن أي اتفاق يخالف أحكام وقواعد الأهلية، يعتبر خروجاً عن مبدأ المشروعية، وبالتالي يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

غير أن المشرع قد خرج عن القاعدة العامة في الأهلية، وذلك بأن أجاز للقاضي الترخيص للقاصر بالزواج إذا رأى في ذلك مصلحة، أو ضرورة، وتأكدت قدرة الطرفين على النهوض بمتطلبات الزواج، وهو ما سنتناوله في الباب الثالث، عند الحديث عن التراخيص والشواهد الواجب الحصول عليها قبل إبرام عقد الزواج.

وكخلاصة لما سبق، فإن أحكام الأهلية - وإن كانت من النظام العام - فهي لا تتركس البعد النظامي فحسب، وإنما تتركس البعد التعاقدية كذلك، فهي حماية لمبدأ سلطان الإرادة، إذ أن أحكامها تهدف إلى حماية إرادة المتعاقد، الذي لم تكتمل أهليته بعد، لأن الإرادة مناطها التمييز، وبدون تمييز لا يمكن أن نعرف الإرادة الحقيقية للمتعاقد، والآثار القانونية التي انصرفت إلى ترتيبها.

المطلب الثالث

مرحلة اكتمال الأهلية

يؤسس الفقه الإسلامي اكتمال الأهلية على بلوغ الصبي، والبلوغ حالة طبيعية بيولوجية، أو قوة تحدث للشخص، تنقله من حالة الطفولة إلى حالة الرجولة، ويحصل بظهور علامة من علاماته الطبيعية، كالاختلام بالنسبة للذكر، والحيض بالنسبة للأنثى، فإن لم يوجد شيء من هذه العلامات، كان البلوغ بالسن¹.

¹ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 816.

غير أن الفقهاء اختلفوا في تحديد سن البلوغ، فمنهم من حدده بـ 18 سنة للفتى، و17 سنة للفتاة، كما فعل الإمام أبو حنيفة، ومنهم من حدده بـ 15 سنة بالنسبة للذكر والأنثى، كما هو الحال بالنسبة للإمام الشافعي، أما المشهور عند المالكية، فهو تحديده بـ 18 سنة بالنسبة للجنسين¹، مع الملاحظ، أن السنة في الفقه الإسلامي تحسب بالتقويم الهجري، لا بالتقويم الميلادي.

وإذا كان الفقهاء قد اختلفوا في تحديد سن البلوغ، فقد اتفقوا على أن هذه السن غير كافية لاكتمال الأهلية، إذ لا بد من إيناس الرشد، مصداقا لقوله تعالى: "وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"²، فإيناس الرشد شرط ضروري لاكتمال الأهلية، كما يفهم من الآية الكريمة، والرشد هو القدرة على تدبر الأمور المالية، واستغلال الأموال أحسن استغلال³، وهذه القدرة تختلف من زمان إلى زمان، حسب درجة تعقد الحياة وتشعبها، لذلك، نجد بعض التشريعات الحالية تحدد سن الأهلية بسن أعلى من تلك المحددة من طرف الفقهاء، مع إمكانية الحكم باستمرار الولاية متى بلغ الشخص هذه السن غير متمتع بقواه العقلية⁴، بل أبعد من ذلك، فإن إيناس الرشد يختلف من شخص لآخر، مما يجعل اكتمال الأهلية أمرا نسبيا، يخضع لتقدير ذاتي، ومن ثم، تكون لكل شخص سن أهلية خاصة به، فهناك من يؤنس رشده في العشرين، وهناك من يؤنس رشده في الثلاثين، وهناك من لا يؤنس رشده طيلة حياته.

أما في القانون، فقد حدد سن اكتمال الأهلية بـ 19 سنة كاملة (ميلادية) بالنسبة لكلا الجنسين، بشرط أن يبلغ الشخص هذه السن متمتعا بقواه العقلية، وهو ما نصت عليه المادة

¹ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص. 816.

² سورة النساء، الآية 6.

³ شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، دار القلم، دمشق، سوريا، 1966، ص. 37.

⁴ سعد الدين التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996، ص. 382.

40 ق.م: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

فمتى بلغ الإنسان هذه السن، كانت جميع تصرفاته صحيحة، سواء كانت نافعة نفعاً محضاً، أم ضارة ضرراً محضاً، أم دائرة بين النفع والضرر¹، إلا إذا بلغ هذه السن مصاباً بعارض معدم للتمييز (الجنون أو العته)، أو منقوص له (السفه أو الغفلة)، فيكون في حكم عديم الأهلية، أو ناقصها حسب الحالة، وهو ذات الحكم الذي أقرته المادة 86 ق.أ بنصها: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه، يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني".

ويترتب على ذلك، أنه إذا حكم على الشخص قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية، أو الوصاية لجنون، أو عته، أو غفلة، أو سفه، أو لم يحكم عليه، ولكن بلغ هذه السن مجنوناً، أو معتوهاً، فتستمر عليه الولاية، أو الوصاية حسب الأحوال، أما إذا بلغ هذه السن، وكان ذا غفلة أو سفه، ولم يكن قد حكم عليه باستمرار الولاية، أو الوصاية لهذا السبب، فإنه يعتبر كامل الأهلية، وتسري عليه أحكام الرشد لا القصر².

المبحث الثالث

عوارض الأهلية

ما تجب الإشارة إليه بادئ الأمر، أن العوارض تصيب أهلية الأداء، لا أهلية الوجوب، التي ترتبط بالشخصية القانونية وجوداً وعدماً، والأصل، أنه متى بلغ الشخص سن الرشد، المحددة في القانون المدني بـ 19 سنة، أصبح كامل الأهلية ما دام متمتعا بقواه العقلية ولم

¹ محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988، ص. 365.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 297.

يحجر عليه، بحيث تكون له صلاحية إجراء مختلف التصرفات القانونية، بما فيها تلك التي يمكن أن تؤثر سلباً على ذمته المالية، كالهبات، وذلك استناداً لأحكام المادة 78 ق.م: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون"، فالواضح من نص هذه المادة، أنها جعلت الأصل في الشخص أن يكون أهلاً للتعاقد، غير أنه قد يصيبه عارض من عوارض الأهلية، فيؤدي إلى إعدام أهليته (المطلب الأول)، أو إنقاصها (المطلب الثاني)، مما يؤثر على صحة التصرفات التي يجريها، فيكون مصيرها البطلان، أو القابلية للإبطال حسب الحالة.

المطلب الأول

العوارض المعدمة للأهلية

ينصرف مفهوم العوارض المعدمة للأهلية إلى الجنون، والعتة، وسميت كذلك، لأنها تجعل صاحبها مثله مثل عديم الأهلية، مما يؤثر على صحة تصرفاته القانونية، وسنعرض في هذا المقام تعريف هذه العوارض (الفرع الأول)، ثم نبين أثرها على التصرفات القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد العوارض المعدمة للأهلية

تتمثل هذه العوارض في الجنون، والعتة، ويختلف الجنون في مفهومه عن العتة، رغم اشتراكهما في الحكم، لذلك نعرف الجنون (أولاً)، ثم العتة (ثانياً).

أولاً: تعريف الجنون

قدم الفقه الإسلامي للجنون عدة تعريفات، فقد عرفه صاحب التوضيح بأنه: "اختلال للعقل يمنع من جريان الأقوال والأفعال على نهج العقل إلا نادراً"¹.

¹ سعد الدين التفتازاني، المرجع السابق، ص. 334.

الفصل الثاني: — صحة التراضي من خلال توفر الأهلية

ويعرفه في شرحه: "الجنون اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبیحة المدركة للعواقب، بأن لا يظهر آثارها ويتعطل أفعالها"¹.

وللجنون عند فقهاء الشريعة الإسلامية عدة تقسيمات، أهمها على الإطلاق تقسيمه إلى جنون مطبق، وجنون منقطع.

أما الجنون المطبق، فهو ذلك الذي يكون فيه صاحبه مغلوباً، فهو جنون مستمر لا يفیق صاحبه أبداً، أما الجنون المنقطع، فهو ذلك الذي تتخلله من حين لآخر فترات إفاقة، ومن ثم، تعتبر التصرفات القانونية في الحالة الأولى باطلة مطلقاً، وتتوقف في الحالة الثانية على ما إذا كانت صدرت في حالة جنون، أم في حالة إفاقة، بحيث تكون باطلة في حالة الجنون، وصحيحة ونافذة في حالة الإفاقة²، وهو ما أخذت به بعض التشريعات العربية، كالتشريع العراقي في المادة 108 ق.م، والتشريع الأردني في المادة 2/28 ق.م، حيث ميز بين الجنون المطبق، والجنون المنقطع، ومدى تأثيرهما على صحة التصرفات القانونية الصادرة في هذه الحالة أو تلك³.

وللإشارة، فإن الحجر على المجنون لا يتوقف عند فقهاء الشريعة الإسلامية على صدور حكم يقضي بذلك، لأن المجنون عندهم محجور لذاته بمجرد هذه الصفة، وهو ما سار عليه القانون العراقي في المادة 94، والقانون الأردني في المادة 1/27.

ومثلما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية، قدم فقهاء القانون بعض التعريفات للجنون، نعرض منها: "الجنون مرض يصيب العقل ويؤدي إلى اختلاله فيفقد صاحبه التمييز"⁴، كما عرف بأنه:

¹ سعد الدين التفتازاني، المرجع السابق، ص. 334.

² بناسي شوقي، المرجع السابق، ص. 348.

³ المرجع نفسه.

⁴ محمود جمال الدين زكي، الوجيز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 464.

الفصل الثاني: — صحة التراضي من خلال توفر الأهلية

"اضطراب يصيب العقل ويؤدي إلى اختلال توازنه وعدم انتظام قواه فيعدم لدى صاحبه الإدراك والتمييز"¹.

ما يلاحظ على هذه التعريفات، أنها تتفق على أن الجنون يؤدي إلى إعدام الإدراك والتمييز، ومن ثم، تنعدم أهلية المجنون، ويكون في حكم القاصر غير المميز، أي عديم الأهلية، مع الملاحظة، أن المشرع الجزائري لم يميز بين الجنون المستمر، والجنون المتقطع إلا في المادة 30 من قانون الأوقاف 91-10، التي نصت على أنه: "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير، أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقة وتام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية".

أما بالنسبة للمشرع العراقي والأردني فقد سايرا الفقه الإسلامي في هذه المسألة، وذلك بالتمييز بين الجنون المستمر والجنون المتقطع، فقد جاء في المادة 108 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951: "المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز، أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة إفاقة كتصرفات العاقل"، وهو ما نصت عليه المادة 128 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

ثانيا: تعريف العته

عرفه صاحب التوضيح بأنه: "اختلال في العقل، بحيث يختلط كلام من أصابه هذا الاختلال فيشبه مرة كلام العقلاء ومرة أخرى كلام المجانين"².

¹ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 141.

² مسعود بن عمر التفتازاني، التوضيح لمتن التفتيح، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996، ص. 167.

الفصل الثاني: — صحة التراضي من خلال توفر الأهلية

وجاء في الفتاوى الهندية: "أحسن ما قيل في المعتوه: من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب أو يشتم كما يفعل المجنون"¹.

والعته عند فقهاء الشريعة الإسلامية، إما أن يكون معدما للتمييز، فيكون صاحبه في حكم عديم الأهلية، بما يترتب على ذلك من آثار قانونية، وإما أن يكون منقضا للتمييز، فيكون صاحبه في حكم ناقص الأهلية، ورغم أن هذا التمييز لم تأخذ به معظم التشريعات، ومنها التشريع الجزائري، إذ اعتبر العته مهما كانت درجته عارضا من العوارض المعدمة للأهلية، في حين اعتبره المشرع العراقي في المادة 107، والمشرع الأردني في المادة 1/28 عارضا منقضا للأهلية، إذ يعتبر المعتوه في ظل هذه المواد في حكم الصغير المميز، لا في حكم عديم الأهلية².

وعلى غرار الجنون، لا يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في المعتوه أن يصدر بشأنه حكما بالحجر، فهو يعتبر محجورا لذاته.

أما عند فقهاء القانون، فالعته ضعف في العقل، يجعل صاحبه قليل الفهم، مختلط الكلام، وتدبيره فاسد، فهو وإن كان يصيب العقل، فإنه لا يصل إلى درجة الجنون، بل يقتصر على تشويش الفكر، وعدم القدرة على تدبير الأمور، وتقديرها بشكل سليم، فهو في الغالب ينقص التمييز، ولا يعدمه³، ومع ذلك، اعتبره المشرع الجزائري بمقتضى حكم المادة 42 ق.م في حكم عديم الأهلية، وذلك بالنص: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون..."، وهو ما يدفع إلى التساؤل عن مسعى المشرع من اتخاذ هذا الموقف، إذ كان عليه أن يميز بين العته المعدم للأهلية، والعته المنقص لها.

¹ لجنة علماء برئاسة الشيخ نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2010، ص. 54.

² بناسي شوقي، المرجع السابق، ص. 349.

³ محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق، ص. 368.

الفرع الثاني: حكم تصرفات المجنون والمعتوه

أخذ المشرع فيما يخص مصير تصرفات المجنون والمعتوه بأكثر من موقف، موزعة في ثلاثة مواضع من المنظومة القانونية، ففي القانون المدني أخذ بموقف (أولاً)، وفي قانون الأسرة أخذ بموقفين مختلفين عن بعضهما، وعن الموقف المتخذ في القانون المدني (ثانياً).

أولاً: حكم تصرفات المجنون والمعتوه في القانون المدني

حسب نص المادة 42 ق.م، فإنه لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون، ومن ثم، يكون المجنون والمعتوه في حكم عديم الأهلية، وتقع تصرفاته القانونية باطلة بطلاناً مطلقاً، بغض النظر عما إذا كانت نافعة له، أو ضارة به، أو دائرة بين النفع والضرر، دون التمييز بين ما إذا كان الجنون مطبقاً، أم لا، وما إذا كان العته معدماً للأهلية، أم منقصاً لها، ودون اشتراط صدور حكم بالحجر¹، وهذا خلافاً للمشرع المصري، الذي اعتمد هذا التمييز في المادة 114 من القانون المدني المصري التي نصت على أنه: "يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر، أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها"، وبذلك يكون المشرع المصري قد ميز في هذا الشأن بين حالتين²:

- حالة عدم تسجيل قرار الحجر: تكون التصرفات الصادرة عن المجنون والمعتوه صحيحة، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر يعلم بها، أو من المفروض أن يعلم بها، فيكون التصرف باطلاً.

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 55.

² نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى دراسة القانون: نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص. ص. 177-178.

- حالة تسجيل قرار الحجر: يكون المجنون والمعتوه في حكم عديم الأهلية، وتقع جميع تصرفاته باطلة.

ثانياً: حكم تصرفات المجنون والمعتوه في قانون الأسرة

اتخذ المشرع إزاء تصرفات المجنون والمعتوه موقفين في قانون الأسرة؛ موقف في المادة 85، وموقف آخر في المادة 107.

1- حكم تصرفات المجنون والمعتوه وفق أحكام المادة 85 ق.أ: جاء في نص المادة: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته...". باستقراء هذه المادة، نلاحظ أن المشرع رتب على حالتي الجنون والعته عدم نفاذ التصرفات القانونية، بغض النظر عما إذا كانت نافعة، أو ضارة، أو دائرة بين النفع والضرر، ودون اشتراط صدور حكم بالحجر، مع الملاحظ، أن عدم نفاذ التصرف يختلف عن بطلانه، فعدم النفاذ يعني صحة التصرف ووقفه على إجازة من له حق الإجازة، في حين أن البطلان يعني انعدام التصرف من أساسه، بحيث لا يكون له وجود من الناحية القانونية¹، هذا، وتجب الإشارة إلى أن النص باللغة الفرنسية يتكلم عن البطلان، لا عن عدم النفاذ « sont nuls »، وبذلك يكون الحكم المقرر في قانون الأسرة يختلف عن ذلك المقرر في القانون المدني، ومن جهة أخرى، اشترط المشرع في المادة 85 ق.أ لعدم نفاذ التصرف، أن يصدر في حالة الجنون والعته، وهو ما يحمل على الاعتقاد، أن المشرع أخذ بالتمييز بين الجنون المطبق، والجنون المتقطع.

وعلى أي حال، فإن حكم المادة 85 ق.أ ينطبق على تصرفات المجنون والمعتوه، سواء صدرت منه قبل، أو بعد الحكم بالحجر، وفي هذه المسألة، يكون المشرع قد وافق نص المادة 42 ق.م.

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 110.

2- حكم تصرفات المجنون والمعتوه وفق أحكام المادة 107 ق.أ: جاء في نص المادة: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

إن المتأمل في نص هذه المادة، يجد أن المشرع قد ميز بين حالتين¹: حالة صحة تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحكم بالحجر، وحالة بطلان تصرفات المجنون والمعتوه إذا صدرت بعد الحكم بالحجر، أو قبل الحكم بالحجر، وكانت حالة الجنون أو العته ظاهرة وفاشية.

وما يلاحظ على هذا الحكم ما يلي:

- خلافا لما هو مقرر في المادة 42 ق.م، والمادة 85 ق.أ، ميز المشرع في المادة 107 بين المرحلة السابقة، والمرحلة اللاحقة لصدور الحكم بالحجر.

- تماشيا مع ما هو مقرر في المادة 42 ق.م، وخلافا لما هو منصوص عليه في المادة 85 ق.أ، رتب المشرع على حالتي الجنون والعته بطلان التصرف، وليس عدم النفاذ.

أما عن التناقض الموجود بين المادة 85 و 107 ق.أ، فنعتقد أن النص الأقرب إلى الصواب هو نص المادة 107، وذلك للأسباب التالية:

- ترتب المادة 107 بطلان تصرفات المجنون والمعتوه، بينما تقرر المادة 85 عدم نفاذ هذه التصرفات، أي عدم صحتها، وهذه الفكرة لا تليق إلا بكامل الأهلية أو ناقصها في بعض الأحوال، دون فاقدها، لأنه حتى بالنسبة لعديم الأهلية لصغر في السن، لا يمكن أن تصح تصرفاته بالإجازة، ومن ثم، فلا طائل في اعتقادنا من وراء إقرار هذا الحكم، خاصة وأن الصياغة باللغة الفرنسية جاءت صحيحة « nuls ».

¹ فريدة محمدي، المرجع السابق، ص. 80.

- تميز المادة 107 بين مرحلة ما قبل الحكم بالحجر، ومرحلة ما بعد الحكم بالحجر، فتقرر صحة التصرف في الأولى، ما لم تكن حالة الجنون أو العته ظاهرة للمتعاقد الآخر، مما يجعله سيء النية، في حين تقرر الثانية البطلان، وهذا أمر منطقي، إذ راعى فيه المشرع حماية المتعاقدين، والحفاظ على استقرار المعاملات.

وإذ نعترف بأولوية هذا النص في التطبيق على النصوص الأخرى، فإننا نقترح صياغته على النحو الآتي: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بعد الحكم بالحجر، وصحيحة قبل ذلك، ما لم تكن حالة الجنون أو العته ظاهرة للمتعاقد الآخر وقت صدور التصرف".

أما بالنسبة للزواج، فلأن المجنون والمعتوه يأخذان حكم عديم الأهلية، على الأقل بعد صدور قرار الحجر عليهما، فإنه لا يمكن لأي منهما كأصل مباشرة أي تصرف قانوني، بما في ذلك عقد الزواج، الذي سماه المولى عز وجل بالميثاق الغليظ.

وإذا كان عقد الزواج يرتب آثارا قانونية، ومسؤوليات معتبرة تقع على عاتق الزوجين، فإننا نتساءل عما إذا كان المنع يقتصر على مباشرة العقد، أم على الزواج بصفة عامة، إبراما، وتنفيذا؟

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على هذه المسألة، مما يجعلنا أمام فراغ قانوني يؤدي إلى تطبيق أحكام المادة 222 ق.أ، التي تحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية، التي لا تشترط العقل لصحة الزواج، فيجوز عند جمهور الفقهاء أن يزوج الولي أبا كان أو غيره المجنون، والمجنونة، والمعتوه، والمعتوهة، بناء على إذن من القاضي، متى تبين له أن فيه مصلحة، سواء كان الجنون أصليا، أم طارئاً، فيجوز عند الأحناف للولي أبا كان أو غيره أن يزوج المجنون أو المجنونة أو المعتوه أو المعتوهة صغاراً كانوا أم كباراً¹، كما يجوز عند

¹ علاء الدين الكاساني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 241.

المالكية للأب تزويج المجنون أو المجنونة ونحوهما في حال الصغر أو الكبر، ما لم يكن الجنون متقطعاً، فتنتظر الإفاقة حتى يستأذن¹.

أما الشافعية، فذهبوا إلى أنه لا يزوج مجنون صغيراً كان أم كبيراً إلا لحاجة للزواج، ويزوج بامرأة واحدة من طرف الأب، ثم الجد، ثم السلطان، دون العصابات²، وذهب الحنابلة إلى القول بتزويج المجنونة إذا ظهر منها الميل إلى الرجال، ويعرف ذلك من كلامها وتتبعها الرجال ونحوه من القرائن، وكذا إذا أثبت الأطباء أن علتها تزول بتزويجها، وإن لم يكن لها ولي، زوجها الحاكم³.

وقال الإمام زفر: "إذا بلغ عاقلاً ثم طراً عليه الجنون، فلا يملك أحد تزويجه"، وقال الجعفرية تؤول الولاية حينها للقاضي، لا للأولياء⁴.

ويثار الإشكال حول طبيعة الترخيص القضائي بزواج المجنون والمعتوه، ما إذا كان نفسه الترخيص للقاصر، لأن مثل هذا الترخيص - وإن لم يحدد المشرع السن الأدنى لمنحه - إلا أن الراجح، أنه لا يمنح إلا للقاصر المميز، إذ لا يعقل أن يرخص بالزواج للقاصر غير المميز، ومثله المجنون، والمعتوه، طالما أنهما في حكم عديم الأهلية، وزواج عديم الأهلية لا طائل من ورائه.

ومن هنا، يرى الباحث ضرورة التمييز بين عديم الأهلية لصغر في السن، وعديم الأهلية لجنون أو عته - مالم يكونا أصيلين في الشخص -؛ لأن الهدف من الزواج، وهو المعاشرة،

¹ أحمد الدردير، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 355.

² الخطيب الشربيني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص. 168.

³ منصور البهوتي، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص. 46 وما بعدها.

⁴ وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 183-184.

والتناسل، وتكوين أسرة، ولا يمكن أن يتحقق بالنسبة لصغير السن، في حين يمكن أن يتحقق بالنسبة للمجنون والمعتوه، بل إن الزواج، قد يساعد على التخفيف من حدة الجنون والعتة¹.

ومن جهة أخرى، نرى أن الجنون والعتة صفتان جوهريتان في شخص المتعاقد، لأجل ذلك، لا بد وأن يفضى بهما للطرف الآخر، وذلك حتى يكون على بينة من أمره: هل يمضي في مشروع الزواج، أم لا؟ لأن الواقع الراهن، يثبت أن هناك حالات زواج كثيرة، يكون فيها أحد الطرفين مجنوناً، أو معتوهاً، دون أن يعلم بذلك الطرف الآخر، مما يتسبب بعد ذلك في مشاكل، قد تؤدي إلى إنهاء الرابطة الزوجية بطريق، أو بآخر، وهو الأمر الذي لا نميل إليه إطلاقاً.

المطلب الثاني

العوارض المنقصة للأهلية

يقصد بالعوارض المنقصة للأهلية السفه، والغفلة، وتختلف عن العوارض المعدمة للأهلية في كون الأولى تصيب الشخص في ملكاته النفسية، أي في صلاحية تدبيره، وحسن تقديره، في حين تصيب الثانية إدراك الشخص، وتمييزه، فتجعله في حكم عديم الأهلية²، وعليه، فحري بنا أن نعرض العوارض المنقصة للأهلية (الفرع الأول)، ثم نبين حكم تصرفات الشخص الذي أصابه عارض من هذه العوارض (الفرع الثاني).

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 123.

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 178.

الفرع الأول: تحديد العوارض المنقصة للأهلية

تتمثل العوارض المنقصة للأهلية في السفه، والغفلة، نحاول تعريف كل منهما في ضوء الشريعة الإسلامية، والقوانين الوضعية.

أولاً: تعريف السفه

السفه في الشريعة الإسلامية خفة تعتري الإنسان، فتحملة على العمل بخلاف موجب العقل، والشرع، مع قيام العقل حقيقة، وقد عرفه الإمام السرخسي: "هو العمل بخلاف موجب الشرع، وهو اتباع الهوى، وترك ما يدل عليه العقل والشرع"¹.

أما الإمام ابن جزى المالكي، فعرف السفه بأنه: "المبذر لماله، إما لإنفاقه باتباعه الشهوات، وإما لقلّة معرفته بمصالحه، وإن كان صالحاً في دينه"².

ويجد السفه سنده الشرعي في قوله تعالى: "وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا"³، ومع ذلك، وقع خلاف بين الفقهاء حول ما إذا كان السفه سبباً لنقص الأهلية، أم لا، وما إذا كان ينبغي الحجر على السفه أم لا؟

في هذا الشأن، استمسك الإمام أبو حنيفة بعدم الحجر على السفه، واعتبره كامل الأهلية، سواء تعرض للسفه قبل البلوغ، أم بعده، لأن الأصل عنده أن السفه ليس سبباً لنقص الأهلية، أما بقية الفقهاء، فقد أجازوا الحجر عليه في الحالتين، ويكون الحجر بناءً على حكم

¹ محمد السرخسي، المبسوط، الجزء الرابع والعشرون، مطبعة السعادة، القاهرة، مصر، 1993، ص. 8157.

² محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص. مذهب المالكية والتبنيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، مطبعة النهضة، فاس، المغرب، ص. 349.

³ سورة النساء، الآية 5.

قضائي، خلافا لما ذهب إليه صاحب أبي حنيفة الإمام الحسن الشيباني، من اعتبار السفية محجورا لذاته¹.

أما عند فقهاء القانون، فالسفه تبذير المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء غرضا صحيحا، فهو خفة تعتري الإنسان، فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل، والشرع، فكيفية إنفاق المال على ضوء هذا التعريف محدد أساسي لحالة السفه².

ثانيا: تعريف الغفلة

يقول الإمام ابن عابدين في ذي الغفلة: "إنه ليس بمفسد -أي مبذر- ولا يقصد الفساد، ولكنه لا يهتدي إلى التصرفات الربحة، فيغبن في البياعات لسلامة قلبه"³، وجاء في الموسوعة الفقهية: "ذو الغفلة هو من يغبن في البيوع لسلامة قلبه، ولا يهتدي إلى التصرفات الربحة، ويختلف عن السفية بأن السفية مفسد لماله لهواه، أما ذو الغفلة، فإنه ليس بمفسد لماله، ولا يقصد الفساد، ولم نجد من الفقهاء من صرح بأن ذا الغفلة يحجر عليه سوى الصاحبين من الحنفية، وقد أدرج الجمهور هذا الوصف في السفه والتبذير، فذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أن الحجر يثبت على ذي الغفلة، كالسفيه، أي من حين قضاء القاضي عند أبي يوسف، ومن حين ظهور أمارات الغفلة عند محمد، وعلى هذا، فيزول الحجر عنه بقضاء القاضي عند أبي يوسف، وبزوال الغفلة عند محمد، وقد شرع الحجر عليه صيانة لماله ونظرا له، فقد طلب أهل حبان بن منقذ من النبي صلى الله عليه وسلم أن يحجر عليه، فأقرهم النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهم"⁴.

¹ ينظر في هذه المسألة والمراجع الفقهية المتعلقة بها. محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. ص. 58-61.

² محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق، ص. 376.

³ محمد أمين بن عابدين، رد المحتار، الجزء السادس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992، ص. 147.

⁴ الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الجزء السابع عشر، ص. ص. 98-99.

وقد يعبر عن ذي الغفلة بالضعيف، كما جاء في قوله تعالى: "فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ"¹.

أما عند فقهاء القانون، فيقصد بالغفلة سهولة الوقوع في الغبن لسهولة القلب، والنية، وضعف الإدراك، وبساطة العقل، وعدم كمال التمييز بين الرابح والخاسر من التصرفات، ويستدل على الغفلة من إقبال الشخص على التصرفات، دون أن يهتدي إلى الرابح منها، أو بقبوله فاحش الغبن عادة، أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع².

ويعرف الدكتور محمد سعيد جعفرور ذا الغفلة: "من كان طيب القلب إلى حد السذاجة، بحيث تجره طبيته وسلامة قلبه إلى سهولة خداعه وغبنه في معاملاته مع غيره"³.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالسفه والغفلة بمقتضى أحكام المادة 43 ق.م: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون"، وبذلك يعتبر السفه وذا الغفلة في حكم ناقصي الأهلية، خلافاً للمادة 85 ق.أ، التي جعلت السفه في حكم عديم الأهلية مثله مثل المجنون والمعتوه، وأهملت النص على ذي الغفلة.

وإذا كانت المادة 43 ق.م لم تشترط في السفه وذي الغفلة أن يحجر عليه حتى يأخذ حكم ناقص الأهلية، فإن المادة 101 ق.أ اعتبرت السفه (دون الغفلة) سبباً من أسباب الحجر، ويتم الحجر بناء على حكم قضائي، استناداً لأحكام المادة 103 من القانون ذاته⁴.

¹ سورة البقرة، الآية 282.

² محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق، ص. 376.

³ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 54.

⁴ تنص المادة 103 ق.أ: "يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر".

الفرع الثاني: حكم تصرفات السفية وذو الغفلة

لما كان السفية وذو الغفلة يأخذان حكم ناقص الأهلية، فإن الأصل أن تأخذ تصرفاتهما حكم تصرفات ناقص الأهلية، غير أنه ونظرا لبعض النقص أحيانا، والتناقض أحيانا أخرى في هذا الخصوص، فإن المسألة تحتاج إلى نوع من التفصيل وفق ما يلي:

أولا: حكم تصرفات السفية وذو الغفلة في القانون المدني

رغم أن المشرع لم يشر في المادة 43 ق.م السابق ذكرها لمصير تصرفات السفية وذو الغفلة، إلا أنه استنتجا من نص المادة 101، التي تجعل نقص الأهلية سببا لإبطال العقد، فإنه -مع مراعاة التناقض الموجود بين نص المادة 101، التي قررت الإبطال، والمادة 83، التي قررت وقف التصرف على إجازة الولي، أو الوصي- نرى أن حكم تصرفات السفية وذو الغفلة يكون كالاتي: التصرفات النافعة نفعاً محضاً صحيحة، ومرتبطة لآثارها، والتصرفات الضارة ضرراً محضاً باطلة بطلاناً مطلقاً، وغير معتد بها، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال، مع أن المشرع لم يتطرق إلى هذا التمييز¹.

مع الملاحظ، أن المشرع وكما سلف الذكر، لم يشترط صدور الحكم بالحجر حتى يأخذ السفية وذو الغفلة حكم عديم الأهلية، وهو ما يعني أن تطبيق حرفية النص يقتضي عدم التمييز بين التصرفات الصادرة قبل الحجر، وتلك الصادرة بعد الحجر، فكلاهما يأخذ نفس الحكم، وذلك، خلافاً للقانون المدني المصري، الذي ميز في حكم تصرفات السفية، وذو الغفلة بين

¹ بناسي شوقي، المرجع السابق، ص. 358.

الفترة السابقة، والفترة اللاحقة على تسجيل قرار الحجر، وهذا ما نصت عليه المادة 115 ق.م.م.¹

ثانياً: حكم تصرفات السفية في قانون الأسرة

على غرار تصرفات المجنون والمعتوه، فإن المشرع تناول حكم تصرفات السفية في موضعين من قانون الأسرة، وهما: المادة 85، والمادة 107 منه.

1- حكم تصرفات السفية وذي الغفلة وفق أحكام المادة 85 ق.أ.

نصت المادة 85 ق.أ: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه".

إن البحث في حكم تصرفات السفية وذي الغفلة في ضوء هذه المادة، يقتضي منا إثارة الملاحظات التالية:

- جعل المشرع السفية في حكم المجنون والمعتوه، والأصح أن المجنون والمعتوه يأخذان حكم عديم الأهلية، في حين يأخذ السفية حكم ناقص الأهلية.

- لم ينص المشرع في هذه المادة على ذي الغفلة، رغم النص عليه في المادة 43 ق.م.

- اعتبر المشرع تصرفات السفية بموجب هذه المادة غير نافذة، أي موقوفة على الإجازة²، والأصح أن يعتبرها صحيحة قبل الحجر، وقابلة للإبطال بعد الحجر.

¹ تنص المادة 115 ق.م.مصري: "إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفية بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام. أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ".

² بناسي شوقي، المرجع السابق، ص. 360.

- لم يميز المشرع في هذا النص بين ما إذا كان التصرف قد صدر قبل، أو بعد الحكم بالحجر.

- هناك تعارض بين نص المادة باللغة العربية، الذي يتكلم عن عدم النفاذ، والنص باللغة الفرنسية، الذي يتكلم عن البطلان.

وانطلاقاً من ذلك، فإن تطبيق حرفية النص، يجعل تصرفات السفه غير نافذة، طالما أن النص باللغة العربية هو النص الرسمي، وليس النص باللغة الفرنسية.

2- حكم تصرفات السفه وذو الغفلة وفق أحكام المادة 107 ق.أ.

جاء في نص المادة: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

ما يلاحظ على هذه المادة ما يلي:

- استعمل المشرع عبارة "المحجور عليهم"، دون أن يحدد لهم، وبتطبيق أحكام المادة 101، نجد المشرع لم يذكر الغفلة كسبب من أسباب الحجر، مما يعني أن المحجور عليهم هم: المجنون، والمعتوه، والسفيه.

- استعمل المشرع عبارة "باطلة"، وهي عبارة تنصرف إلى البطلان المطلق، مع أن المسألة تحتاج إلى تمييز بين التصرفات النافعة، والتصرفات الضارة، والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر من جهة، وبين ما إذا كان المحجور عليه يأخذ حكم عديم الأهلية، أو ناقصها من جهة أخرى.

الفصل الثاني: — صحة التراضي من خلال توفر الأهلية

- ميز المشرع في حكم تصرفات السفية بين مرحلتين¹:

- المرحلة السابقة على الحكم بالحجر: تكون فيها التصرفات صحيحة، ما لم تكن حالة السفه والغفلة ظاهرة وفاشية.

- المرحلة اللاحقة على الحكم بالحجر: تكون تصرفات المحجور عليه باطلة.

وفي ظل هذا الغموض والتناقض، نرى ضرورة تدخل المشرع لرفع اللبس، الذي من شأنه أن يجعل القاضي في حيرة من أمره، ويدفعه دفعا إلى تأويلات كان في غنى عنها لو أحسن المشرع صياغة النصوص.

وفيما يخص زواج السفية وذي الغفلة، فإنه لما كان زواج المجنون والمعتوه جائزا وفق ما أشرنا إليه أعلاه-، فإنه لا شك في جواز زواج السفية وذي الغفلة، طالما أن الصنف الأول يأخذ حكم عديم الأهلية، والصنف الثاني يأخذ حكم ناقص الأهلية²، غير أنه يبقى الإشكال مطروحا بالنسبة لمن له الحق في مباشرة عقد الزواج، فهل يحق للسفيه وذي الغفلة أن يباشروا العقد بنفسه، أم لا بد من تدخل وليه؟

لما تعلق الأمر بعقد مثل عقد الزواج، والذي سماه المولى عز وجل بالميثاق الغليظ، فإننا نرى أن مباشرة عقد الزواج لا بد وأن تتم من طرف القائم على شؤون السفية، أو ذي الغفلة، حسب الحالة، طالما أنهما يأخذان حكم ناقص الأهلية، ولا يمكن لناقص الأهلية إجراء التصرفات القانونية -فيما عدا تلك النافعة نفعاً محضاً- كما لا يمكنه الانفراد بإبرام عقد

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 55.

² محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، 2009، ص. 157-158.

زواجه¹، وذلك مع ضرورة الحصول على إذن من القاضي، وفق ما سبقت الإشارة إليه عند الكلام عن زواج المجنون والمعتوه.

المبحث الرابع

موانع الأهلية

خلافًا لعوارض الأهلية، التي تصيب إدراك وتمييز الشخص، فإن موانع الأهلية لا تصيب الإدراك والتمييز، فلا هي معدمة له، ولا هي منقصة له، فهي مجرد ظروف طارئة تمنع الشخص كامل الأهلية بصورة كلية، أو جزئية من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، أو من الاستقلال بمباشرتها، وتتمثل موانع الأهلية في: الغيبة (المطلب الأول)، الحكم بعقوبة جنائية (المطلب الثاني)، والإصابة بعاهة مزدوجة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الغيبة

تنص المادة 109 ق.أ: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودًا إلا بحكم". كما تنص المادة 110 ق.أ: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود".

وتأسيسًا على ذلك، يعتبر الشخص غائبًا متى توافرت الشروط التالية²:

- عدم الرجوع إلى محل الإقامة لمدة سنة؛

¹ وذلك عملاً بأحكام المادة 2/11 ق.أ: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له". العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 246.

² عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون: النظرية العامة للحق، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 94.

الفصل الثاني: — صحة التراضي من خلال توفر الأهلية

- أن تمنعه من الرجوع ظروف قاهرة؛

- عدم قدرته على إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة نائب ينوب عنه؛

- أن يتسبب غيابه في ضرر للغير.

ويأخذ الغائب بموجب المادة 110 ق.أ حكم المفقود، وتثبت حالة الفقد بحكم قضائي، بمقتضى المادة 114 ق.أ، مما يتعين على القاضي معه حصر أمواله، وتعيين مقدا من أقاربه، أو من الغير لتسيير أمواله، واستيلاء ما يستحقه من ميراث، أو تبرعات.

والملاحظ، أن المشرع لم يشترط لتعيين مقدم ألا يكون قد ترك وكيلًا عامًا عنه، لأنه في مثل هذه الحالة، يكون الأولى تثبيت هذا الوكيل من قبل المحكمة، دون اللجوء إلى تعيين مقدم، والأصح "وكيل أو نائب قضائي"¹، طالما أن الأمر يتعلق بموانع الأهلية، لا بعوارضها، والمقدم حسب المادة 99 ق.أ، هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي، أو وصي على من كان فاقد الأهلية، أو ناقصها، والغائب شخص كامل الأهلية لا يستطيع إدارة أمواله بسبب مانع مادي يتمثل في الغياب.

ويطرح التساؤل حول ما إذا كانت الغيبة تمنع من إبرام عقد الزواج، أم لا؟

حسب اعتقادنا، فإن الغائب لا يمكنه إبرام عقد زواجه في محل إقامته لا بنفسه، لأنه غير موجود، ولا بواسطة مقدمه، لأن المقدم تقتصر مهامه على إدارة الأموال فقط، ولا بواسطة الوكالة العامة إن كان ترك وكيلًا، لأن عقد الزواج يقتضي وجود وكالة خاصة، إذ لا تكفي مجرد الوكالة العامة²، لأجل ذلك نرى استحالة إبرام هذا الزواج واقعيًا.

¹ حسين كيرة، المرجع السابق، ص. 592.

² يراجع فيما يخص أحكام الوكالة في الزواج: الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص. ص. 71-72.

المطلب الثاني

الحكم بعقوبة جنائية

بعد أن كان المشرع يعتبر الحجر القانوني من ضمن العقوبات التبعية¹، أصبح بموجب تعديل قانون العقوبات سنة 2006 يعتبرها من العقوبات التكميلية، حسب المادة 1/9 ق.ع، وتبعاً لذلك، جاء في المادة 9 مكرر: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوباً بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، تتم إدارة أمواله طبقاً للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي".

وانطلاقاً من هذا النص، فإنه يتعين على القاضي أن يأمر بالحجر على المحكوم عليه بعقوبة جنائية في الحكم القاضي بالعقوبة، مما يفيد أن الحجر، وإن كان إلزامياً، إلا أنه لا يطبق تلقائياً وبقوة القانون، إذ لا بد من الأمر به من طرف القاضي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه لا يكفي لتطبيق الحجر القانوني أن تكون الجريمة المتابع بها جنائية، بل، لا بد وأن تكون العقوبة المحكوم بها جنائية، لأنه يحدث في بعض الأحيان أن يتابع الشخص بجنائية، ثم يحكم القاضي عليه بعقوبة جنحية إعمالاً لظروف التخفيف، مع أنه لا يوجد ما يمنع في هذه الحالة من الحكم بالحجر، ولكن على سبيل الاختيار، لا الإلزام².

وعلى غرار الغائب، نعتقد أنه لا يجوز للمحكوم عليه بعقوبة جنائية إبرام عقد زواجه للأسباب والمبررات المذكورة أعلاه، ومن ثم، يكون الحكم بالعقوبة الجنائية بمثابة قيد يرد على إرادة الشخص في الزواج، فهو مانع قانوني، يحول دون إبرام عقد الزواج لفترة قد تطول، وقد تقصر، وقد تستمر مدى الحياة.

¹ وذلك بمقتضى المادة 6 ق.ع الملغاة: "العقوبات التبعية هي الحجر القانوني والحرمان من الحقوق الوطنية وهي لا تتعلق إلا بعقوبة الجنائية".

² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة العاشرة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص. 260.

المطلب الثالث

العاهة المزدوجة

قد يحصل أن يكون الشخص كامل الأهلية من حيث سنه وإدراكه، ويتعذر عليه نظرا لمانع طبيعي التعبير عن إرادته، أو الإلزام الجيد بظروف التعاقد، وتقدير وجه المصلحة فيه، ومن ثم يكون انفراده بإبرام التصرفات القانونية خطرا على مصالحه¹، ويتعلق الأمر في هذا المقام بمن تجتمع فيه عاهتين من العاهات الثلاث، فيكون أصما أبكما، أو أعمى أصما، أو أعمى أبكما، وقد تدخل المشرع لحماية مصالح هذا الشخص، وذلك من خلال المادة 80 ق.م. التي نصت على أنه: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

يكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقرر مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

وتأسيسا على ذلك، فإنه لا يمكن تعيين المساعد القضائي، إلا إذا تحقق شرطان²: الشرط الأول يتمثل في اجتماع عاهتين في الشخص في نفس الوقت، أما الشرط الثاني، فهو أن يتعذر عليه التعبير عن إرادته بسبب هاتين العاهتين.

وما يلاحظ على هذه المادة، أن المشرع قد قصر المساعدة القضائية على التصرفات التي تقتضيها مصلحة ذي العاهتين، ولم يحدد هذه التصرفات، مما يعني أنه ترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في المسألة، مع أننا نعتقد، أن الزواج يدخل ضمن التصرفات التي تقتضيها مصلحة ذي العاهتين.

¹ محمود جمال الدين زكي، الوجيز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 469.

² بناسي شوقي، المرجع السابق، ص. ص. 370-371.

وعلى صعيد آخر، اشترط المشرع ضرورة اشتراك المساعد القضائي مع ذي العاهتين في مباشرة التصرفات القانونية محل المساعدة، فمتى انفرد المساعد القضائي بإجراء التصرف لوحده، كان التصرف غير نافذ في حق ذي العاهتين، وإذا حدث العكس، كان التصرف قابلاً للإبطال¹.

هذا، وخلافاً للغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية، يرى الباحث أنه لا مانع من إبرام عقد الزواج من طرف ذي العاهتين، طالما أن المسألة تتعلق بالتعبير عن الإرادة وتقدير وجه المصلحة لا غير، إذ يمكن لذي العاهتين مباشرة عقد الزواج بمعاونة المساعد القضائي بعد تعيينه وتسجيل قرار المساعدة، أو حتى في حالة عدم وجود مساعد قضائي، طالما أن المشرع أجاز أن يعبر عن إرادته بالكتابة أو الإشارة على سبيل الخيار، طبقاً لأحكام المادة 2/10 ق.أ². ومن ثم، فلا مانع من إبرام عقد الزواج من طرف ذي العاهتين بمساعدة أو بدون مساعدة.

¹ محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق، ص. 394.

² تنص المادة 2/10 ق.أ: "... ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة"، مع أن الظاهر من خلال النص أن المشرع قصد بالعاجز الأكم فقط، فلم يقصد الأعمى، ولم يقصد الأصم، ولم يقصد من اجتمعت فيه عاهتين، ومن ثم، فإن حكم المادة 2/10 ينصرف إلى الأكم فقط دون غيره، في حين ينصرف حكم المادة 80 ق.م إلى من اجتمعت فيه عاهتين حتى وإن لم يكن أبكماً.

الفصل الثالث

خلو الرضا من العيوب

الفصل الثالث

خلو الرضا من العيوب

لكي يكون التراضي صحيحا ومعتبرا، لا بد وأن يكون خاليا من عيوب الإرادة، وهذه العيوب في النظرية العامة للعقد هي: الغلط (المبحث الأول)، والتدليس (المبحث الثاني)، والإكراه (المبحث الثالث)، والاستغلال (المبحث الرابع).

المبحث الأول

الغلط

يعبر الغلط عن وهم يقوم في ذهن الفرد، يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها¹، ولكي يكون الغلط عيبا من عيوب الرضا، لا بد وأن يكون جوهريا كما وصفته المادة 81 ق.م (المطلب الأول)، بغض النظر عن الصورة التي يأخذها (المطلب الثاني)، ولكن مع ضرورة توفر جملة من الشروط حتى يتم التمسك به كسبب للإبطال (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الطابع الجوهرى للغلط

اشتترطت المادة 81 ق.م في الغلط المؤدي إلى المطالبة بإبطال العقد أن يكون غلطا جسيما (الفرع الأول)، ومؤثرا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: جسامه الغلط

يكون الغلط جسيما متى بلغ درجة من الخطورة والأهمية التي تستدعي من المشرع التدخل لحماية المتعاقد الواقع فيه، ولأنها أمر نسبي، تختلف جسامه الخطأ من متعاقد

¹ علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 157. يعرفه عبد الحي حجازي: "تصور غير صحيح دفع بالإرادة إلى التعاقد"، المرجع السابق، ص. 1023.

لآخر، ومن ظروف لأخرى، فما يكون جسيما بالنسبة لمتعاقد، قد لا يكون كذلك بالنسبة لمتعاقد آخر، أو في ظروف أخرى، لأجل ذلك، يستند القاضي في تقدير مدى جسامه الغلط إلى معايير ذاتية وشخصية¹، وهو ما كرسته المادة 82 ق.م بنصها: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط..."

الفرع الثاني: تأثير الغلط

لا يكفي لقيام الغلط الجوهري أن يكون الغلط جسيما، بل لا بد وأن يؤثر في إرادة المتعاقد، بحيث يكون هو الدافع إلى إبرام العقد، إذ لولا الاعتقادات الخاطئة التي قامت في ذهن المتعاقد، ما أقبل على إبرام العقد²، وقد كرست هذا الشرط المادة 3/82 ق.م من خلال عبارة "... السبب الرئيسي في التعاقد".

ولأن المشرع لم يشر إلى طبيعة المعيار المعتمد في تقدير مدى تأثير الغلط، ما إذا كان معيارا ذاتيا أو مجردا، فإننا نعتقد أن المعيار المعتمد، هو المعيار الذاتي، والمتمثل فيما يراه المتعاقدان أو بالنظر إلى ظروف العقد، وذلك تماشيا مع ما سبق ذكره في الفقرة أعلاه، وهو ما يعبر عن تكريس المشرع لمبدأ سلطان الإرادة في التعاقد.

المطلب الثاني

صور الغلط

أشار المشرع إلى صور الغلط في المادة 2/82 و3 التي ذكرت صورتين على سبيل المثال لا الحصر وهما: الغلط في صفة الشيء، والغلط في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، غير أن هناك صور أخرى يتناولها الفقه وهي: الغلط في الباعث، والغلط في

¹ Ali Bencheneb, op cit, p. 47.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 171.

القيمة، هذه الصور الأربعة تندرج ضمن ما يعرف بالغلط في الواقع، وهو ما سنتناوله في الفرع الأول، بالإضافة إلى الغلط في القانون والذي سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الغلط في الواقع

يعتبر الغلط في الواقع هو الأصل مقارنة بالغلط في القانون، وهو إما أن يتصل بصفة في الشيء (أولاً)، أو بذات المتعاقد أو صفة من صفاته (ثانياً)، أو بالبائع إلى التعاقد (ثالثاً)، أو بقيمة محل العقد (رابعاً).

أولاً: الغلط في صفة الشيء

يعتبر الغلط جوهرياً إذا وقع في صفة من صفات الشيء التي يراها المتعاقدان جوهرياً، أو يجب اعتبارها كذلك بالنظر لظروف العقد وحسن النية كما جاء في المادة 2/82 ق.م، وهو ما يعني أن المشرع قد اعتمد مرة أخرى على المعيار الشخصي في التعامل مع مسألة الغلط؛ إذ يلاحظ من خلال مضمون المادة أنه يجب الرجوع في كل الأحوال، إلى إرادة ورغبة المتعاقدين لتحديد الصفة الجوهريّة للشيء؛ لأن ما يعتبر جوهرياً بالنسبة لمتعاقدين، قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لغيرهما، مع الملاحظ أن المشرع لم يكتف بإرادة ورغبة المتعاقدين الواقع في غلط فحسب، بل أخذ بإرادة المتعاقدين معاً، وذلك ضماناً لاستقرار المعاملات، وسداً لباب التعسف أمام المتعاقدين الواقع في غلط¹.

غير أنه بالنسبة لعبارة "شروط العقد"، التي استعملها المشرع في نص المادة 82 ق.م، تعد في غير محلها، لأن المقصود منها الظروف المحيطة بالعقد وليس مضمون العقد، وهو ما تؤكد الصياغة الفرنسية من خلال عبارة conditions بدل عبارة clauses.

¹ إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1995، ص. 124.

وإذا كان المشرع قد اعتمد المعيار الشخصي كأصل، فإنه اعتمد المعيار الموضوعي كمعيار استثنائي، وذلك استنتاجاً من نص المادة 2/82 ق.م في شطرها الثاني، أين وظف المشرع عبارة "... أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد..."، لأنه قد يتعذر على القاضي تحديد الصفة الجوهرية للشيء، وفق النظرة المشتركة للمتعاقدين، والتي هي عامل نفسي بامتياز، فلا يكون أمامه إلا اللجوء إلى المعيار المجرد، وذلك من خلال الاعتماد على الظروف التي تم فيها العقد، والتي على أساسها يتم تحديد ما هو جوهرى مما هو غير كذلك، مع الأخذ بعين الاعتبار دائماً حسن نية المتعاقدين، أي خلو سلوكهما من الغش والخداع¹، وكمثال عن الغلط في صفة الشيء أن يشتري الشخص قطعة أرض على أنها صالحة للبناء، ثم يتبين له عكس ذلك.

ويبدو أن هذه الصورة للغلط، لا يمكن أن نتصورها في عقد الزواج، وذلك نظراً لخصوصية هذا العقد، الذي لا يقوم كقاعدة، على أساس مادي، بقدر ما يقوم على أساس ذاتي شخصي، أين يكون الشخص زوجاً أو زوجة محل اعتبار من الطرف الآخر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن آثار عقد الزواج أغلبها آثار غير مالية، وبالتالي، فإنه لا مجال لتطبيق هذا الغلط في عقد الزواج إلا في الجوانب المالية لهذا العقد، وربما تجد هذه الصورة مكاناً لها في الاشتراطات والاتفاقات الملحقة بعقد الزواج، والتي عادة ما تتعلق بالجوانب المادية في الحياة الزوجية.

ثانياً: الغلط في ذات أو صفات المتعاقد

إلى جانب الغلط في صفة الشيء محل العقد، ذكر المشرع في المادة 82 ق.م صورة أخرى للغلط، وهي الغلط في شخص المتعاقد، أو في صفة من صفاته، إذ تخول هذه المادة للمتعاقد الواقع في هذا الغلط أن يطالب بإبطال العقد.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 164.

وترتبط هذه الصورة بالعقود التي يكون فيها المتعاقد محل اعتبار شخصي في ذاته أو صفاته، ويكون هذا الاعتبار هو الدافع إلى التعاقد¹.

لأجل ذلك، يرى الباحث أن عقد الزواج يعتبر مجالاً خصباً لتطبيق هذا النوع من الغلط، لأن شخص المتعاقد محل اعتبار، بل فوق كل اعتبار في هذا العقد، ومثاله أن يتزوج الرجل المرأة على أساس أنها بكر، فينتبين له بعد ذلك أنها غير كذلك، ويعتبر هذا النوع من الغلط الأكثر وقوعاً، خاصة مع دخول التكنولوجيا عالم العلاقات الزوجية.

وإذ نقر بإمكانية تطبيق أحكام الغلط في الزواج، فإننا ندعو إلى ضرورة تضيق نطاقها، وذلك حفاظاً على استقرار الأسرة من جهة، وباعتبار عقد الزواج من العقود ذات الأهمية البالغة، والتي تقتضي من كلا المتعاقدين معرفة معظم الأمور المتعلقة بالمتعاقد الآخر، ففي المثال المشار إليه أعلاه، قد يكون ادعاء الزوج صحيحاً، ولكن قد يتم التصدي له بالإهمال والتقصير، إذ لا يعقل أن يتزوج الرجل المرأة، دون أن يسأل عما إذا كانت متزوجة من قبل أم لا.

ثالثاً: الغلط في الباعث

طرح مشكل الغلط في الباعث بظهور النظرية الحديثة للسبب، أين أصبح الغلط في السبب والغلط في الباعث شيئاً واحداً، في حين يترتب على الأول بطلان العقد، ويترتب على الثاني قابلية العقد للإبطال².

¹ قرار المجلس الأعلى، مؤرخ في 14-11-1988، ملف 49339، م.ق، 1990، العدد 4، ص. 147. يتضح من حيثيات هذا القرار أن الغلط يتمثل في شخص المتعاقد، حيث أقدم المتعاقد الواقع في الغلط على إبرام العقد مع المتعاقد معه باعتبار أن هذا الأخير مهندساً، غير أن الحقيقة غير ذلك.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 303.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة للسبب، وذلك من خلال نص المادة 97 ق.م: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة، كان العقد باطلاً".

نستنتج من خلال هذه المادة، أن ركن السبب إنما جعل فقط لضمان مشروعية التصرفات القانونية، فالعبرة ليس بوجود السبب في حد ذاته، وإنما بعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة.

وعليه، فالغلط في الباعث أو في السبب بمفهوم النظرية الحديثة، يخضع لنظرية الغلط الجوهري دون غيرها، ومنه يكون العقد قابلاً للإبطال من طرف المتعاقد الواقع في الغلط¹، ومثاله أن تقبل المرأة الزواج من شخص معتقدة أنه نقل للعمل في مقر سكنها، ثم يتبين لها غير ذلك. مع أنه يجب التأكيد مرة أخرى على ضرورة تضييق نطاق تطبيق أحكام الغلط في عقد الزواج، وذلك تجنباً لكثرة حالات إبطال عقود الزواج، مما يهدد الاستقرار الأسري، وبالتالي استقرار المجتمع، فبالإضافة إلى ضرورة التأكد من الطابع الجوهري للغلط، نرى ضرورة التأكد من مدى تبصر المتعاقد عند إقدامه على إبرام العقد، إذ لا يعقل أن يحكم القاضي بإبطال العقد، لمجرد أسباب تافهة، أو بسبب عدم تبصر المتعاقد.

رابعاً: الغلط في القيمة

قد يحصل أن يقع المتعاقد في غلط في قيمة الشيء، بأن يعتقد مبلغاً أقل من المبلغ الحقيقي، ويكون هذا الاعتقاد هو الدافع إلى إبرام العقد، وأنه لو علم بالمبلغ الحقيقي ما أقدم على التعاقد².

¹ حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دبلوم الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1977، ص. 104.

² مختار لبني، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1977، ص. 148.

ونظرا لخصوصية عقد الزواج، فإننا نتساءل عن مدى إمكانية الاعتداد بالغلط في القيمة في عقد الزواج، كأن يعتقد الرجل أن صداق المرأة في منطقة معينة هو عشرة ملايين سنتيم، ثم يتبين له بعد ذلك أنه أزيد بكثير، وأن القيمة التي كان يعتقد أنها هي التي دفعته إلى التعاقد، ويحصل هذا عادة في حالة صداق التفويض.

غير أن الإشكال لا يطرح فقط بالنسبة لعقد الزواج، بل يطرح كذلك بالنسبة للعقود الأخرى، خاصة إذا علمنا أن المشرع لم يعتد بعدم التعادل في الالتزامات بين المتعاقدين، إلا إذا كان ناتجا عن استغلال طيش أو هوى المتعاقد المغبون، وهو ما من شأنه أن يشكك في إمكانية المطالبة بإبطال العقد لهذا السبب¹.

الفرع الثاني: الغلط في القانون

يكون الغلط في القانون سببا لإبطال العقد متى كان هو الدافع الرئيسي للتعاقد²، وذلك استنادا لأحكام المادة 83 ق.م: "يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82 ما لم يقض القانون بغير ذلك"، فالأصل أنه بإمكان المتعاقد الواقع في هذا النوع من الغلط أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بإبطال العقد، ومثاله أن تقبل المرأة الزواج من شخص معتقدة أنها ملزمة بقبول هذا الزواج، نظرا لصفة معينة أو مركز قانوني معين لهذا الشخص، ومثاله كذلك الغلط في سن أهلية الزواج الذي يعد هو الآخر من قبيل الغلط في القانون.

غير أن المشرع قد استثنى من هذه القاعدة حالة النص على عدم تطبيقها، تماما مثلما فعل في المادة 465 ق.م أين نص: "لا يجوز الطعن في أحكام الصلح بسبب الغلط في

¹ علي بن شنب، النظرية العامة للعقد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980، ص. 49.

² Roger Decottignies, l'erreur de droit, revue trimestrielle de droit civil, Paris, 1951, n°: 2, p. 309.

القانون"، وأضاف الفقه استثناء آخر، وهو أن يتعلق الأمر بنقطة قانونية محل اختلاف في مفهومها¹.

المطلب الثالث

شروط التمسك بالغلط

إضافة إلى ضرورة أن يكون الغلط جوهريا حتى يكون سببا لإبطال العقد، لا بد وأن تتوفر جملة من الشروط حتى يتمتع المتعاقد الواقع في الغلط بالحماية القانونية اللازمة، وذلك بأن تكون نيته حسنة (الفرع الأول)، وألا يكون الغلط نتيجة إهمال وعدم تبصر منه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حسن النية

لكي يتمكن المتعاقد الواقع في غلط من المطالبة بإبطال العقد، لا بد وأن يكون ذا نية حسنة، كما نصت على ذلك المادة 85 ق.م: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية..."، لأنه قد يحصل أن تكون لأحد المتعاقدين نية مبيتة في إبطال العقد، والتخلص من الالتزامات الملقاة على عاتقه بمقتضى هذا الأخير، فيغتتم فرصة وقوعه في الغلط لبلوغ هذا المسعى، ومثاله أن تكون الصفقة التي أبرمها المتعاقد غير رابحة، ففي هذه الحالة يحرم المتعاقد الواقع في الغلط من الحماية القانونية، ويحرم تبعاً لذلك من حق المطالبة بإبطال العقد، لأن مثل هذه المطالبة تعتبر من التعسف في استعمال الحق، وهو ما لا يجيزه القانون².

¹ حسين عطا الله سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دبلوم الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1974، ص. 94. مختار لبنى، المرجع السابق، ص. 147.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 171.

وقد ذكر المشرع في الفقرة الثانية من المادة 85 ق.م. صورة لسوء نية المتعاقد الواقع في غلط، وذلك بالنص: "ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ هذا العقد"، وبمفهوم المخالفة، فإن تمسك المتعاقد الواقع في غلط بإبطال العقد، رغم استعداد المتعاقد معه لتنفيذه وفق ما قصده المتعاقد الواقع في الغلط، قرينة على سوء نية هذا الأخير، ومن ثم يحرم من المطالبة بإبطال العقد.

الفرع الثاني: تبصر المتعاقد الواقع في الغلط

لكي يحظى المتعاقد الواقع في غلط بالحماية القانونية اللازمة، لا بد ألا يكون الغلط الذي وقع فيه ناتجاً عن طيش أو إهمال فادح منه، فيعتبر هذا الطيش تقصيراً من المتعاقد، ولا يمكن للشخص كقاعدة أن يحتج بتقصيره في مواجهة غيره¹.

ولإشارة، فإن إهمال المتعاقد يقاس بالنظر إلى شخصيته وخبرته في المجال الذي يتعاقد فيه، فالمسألة قائمة على معيار ذاتي بحت، ومثاله أن يقع أستاذ في مادة الأحوال الشخصية في غلط عند إبرامه عقد زواجه، فقد لا يؤخذ غلظه بعين الاعتبار، إذ كان يكفي القليل من الانتباه حتى يتجنب الوقوع في الغلط².

المبحث الثاني

التدليس

إلى جانب الغلط، يمكن أن يكون عقد الزواج قابلاً للإبطال بسبب التدليس، وذلك اعتباراً لأحكام المادتين 86 و 87 ق.م، ولأن المشرع لم يعرف لنا هذا العيب -لأن ذلك ليس من

¹ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص. 1030.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 172.

اختصاصه بحسب الأصل- فقد قدمت عدة تعريفات فقهية ومنها تعريف محمد صبري السعدي بقوله: "هو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيل والخداع لحمله على التعاقد"¹.

وعرفه أنور سلطان بأنه: "استعمال الحيل قصد إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد"².

كما عرفه علي علي سليمان بأنه: "استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد"³.

وانطلاقاً من هذه التعاريف، نستنتج أن الفرق بين الغلط والتدليس يكمن في أن الأول وهم تلقائي، أما الثاني، فهو وهم مدبر، أي أن المتعاقد يقع فيه بفعل فاعل، لذلك يسمى بالتغليط⁴.

وإذا كان الغلط نادر الوقوع في عقد الزواج، فإن التدليس على عكس ذلك تماماً، إذ يعتبر عقد الزواج الميدان الرحب لتطبيق أحكامه، خاصة وأنه يتم بفعل فاعل كما سبق أن أشرنا.

ولكي يكون التدليس سبباً مبطلاً للعقد، ويتمتع المدلس عليه بالحماية القانونية اللازمة، لا بد أن تتوافر فيه جملة من الشروط (المطلب الأول)، حتى تترتب آثاره القانونية (المطلب الثاني).

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 176.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 99.

³ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 60.

⁴ Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, op.cit, p. 152.

المطلب الأول شروط التدليس

لكي يعتد بالتدليس كسبب للإبطال، لا بد وأن يتوافر فيه ثلاثة شروط وهي: أن يستعمل المدلس طرقا احتيالية قصد تضليل الطرف الآخر (الفرع الأول)، وأن يكون التدليس هو الدافع إلى المتعاقد (الفرع الثاني)، وأن يتصل التدليس بالمتعاقد الآخر (الفرع الثالث).

الفرع الأول: استعمال المدلس طرقا احتيالية قصد تضليل الطرف الآخر

يقوم هذا الشرط على عنصرين أساسيين هما: العنصر المادي، (أولا)، والعنصر النفسي (ثانيا).

أولا: العنصر المادي

يأخذ العنصر المادي للتدليس ثلاث صور أساسية وهي: الحيل، والكذب، والكتمان.

1- الحيل

الحيلة كعنصر مكون للتدليس مفهوم واسع وغير قابل للحصر، إذ يمكن أن يأخذ عدة صور أو مظاهر؛ كتقديم شهادات مزورة، وانتحال الشخصية، وادعاء الانتساب إلى عائلة معروفة، وغير ذلك، فالعبرة في هذه الحيل بإخفاء الحقيقة عن المدلس عليه وإيقاعه في الغلط، مما يدفعه إلى التعاقد (المادة 1/86)، وذلك وفق المعيار الذاتي دائما، إذ يراعي القاضي في تقدير أثر هذه الحيل نفسية المتعاقد، ومدى تأثيره بها، حتى وإن كانت لا تؤثر على غيره¹. مع الملاحظ أن الحيلة في نظرية العقد لا يشترط أن تصل إلى درجة الحيلة في القانون الجزائي

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 177.

(المادة 372 ق.ع)، إذ عادة ما تكون الثانية أكثر خطورة وإحكاما من الأولى¹. ومن ذلك، أن يدعي المدلس الانتساب إلى عائلة معروفة، أو تقلد وظيفة سامية في الدولة، أو إيهام الزوجة أنه من عائلة ثرية، وغير ذلك، ومثل هذه الحيل أصبحت كثيرة الانتشار في عقود الزواج، التي باتت تشكل مسرحا للتحايل بين الطرفين، ليظهر كل منهما في أحسن صورة أمام الآخر.

2- الكذب

الأصل في الكذب ألا يرقى إلى مستوى التدليس، إلا إذا بلغ درجة معينة من الخطورة، يتعذر معها على المدلس عليه اكتشاف الحقيقة، رغم ما اتخذته من احتياطات وما بذله من جهد في ذلك، فيكون هذا النوع من الكذب مبطلا للعقد، وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها والذي مقتضاه أنه لما صرح البائع للمشتري أنه يستطيع تشييد بناء على الأرض محل التعامل، وأن شركة سونلغاز لا تتعرض لهذا المشروع، في حين أن الأمر غير كذلك، فإنه يكون قد قام بتدليس معيب للرضا²، أما إذا كان الكذب عاديا كمن يبالغ في مدح نفسه أو أهله، فلا يعد من قبيل التدليس.

وتوافقا مع منهج المشرع في التعامل مع عيوب الرضا، فإنه يتم تقدير خطورة الأكاذيب المكونة للتدليس في ضوء ظروف العقد وشخص المتعاقدين.

¹ Reyland Ottenhof, le droit pénal et la formation du contrat civil, revue internationale de droit comparé, Paris, 1970, n° : 1, p. 44.

² المحكمة العليا، غ.م، 17-01-2001، ملف رقم 49283، م.ق، 2001، عدد 2، ص. 109.

3- الكتمان

الأصل أن السكوت العمدي، أو كما يسمى بالكتمان لا يعتبر تدليسا، لأن المتعاقد غير ملزم كقاعدة بالإفشاء¹، وأن على المتعاقد الآخر الاحتياط لنفسه، من خلال الاستفسار عن مختلف جوانب العقد، وخاصة في العقود ذات الأهمية البالغة، مثل عقد الزواج.

غير أن المشرع قد خرج عن هذه القاعدة في المادة 2/86، وذلك من خلال اعتباره السكوت العمدي تدليسا، متى تعلق الأمر بواقعة أو ملابسة ما كان المتعاقد ليبرم العقد لو علم بها، وبمفهوم المخالفة، فإن المشرع قد ألقى على عاتق المتعاقد التزاما بالإفشاء، متى كانت المسألة المسكوت عنها من شأنها أن تؤثر في إرادة المتعاقد، وليس في وسعه العلم بها إلا من خلال إفشاء المتعاقد الآخر².

وتأسيسا على ذلك، يمكن القول إن السكوت العمدي لا يعتبر تدليسا، إلا إذا توافرت الشروط التالية³:

- أن تكون الواقعة أو الملابسة المسكوت عنها مؤثرة في العقد؛
- أن يعلم المدلس بهذه الواقعة أو الملابسة، أو على الأقل من المفروض أن يعلم بها؛
- أن يكون المدلس عليه جهل هذه الواقعة أو الملابسة، ولا يستطيع العلم بها إلا من خلال إفشاء المتعاقد الآخر.

¹ Les frères Mazeaud, leçons de droit civil, tome 3, revue internationale de droit comparé, Paris, 1961, n°:1, p. 155.

² ينظر على سبيل المثال المادة 15 من قانون التأمين والمادة 79 من القانون التجاري.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 181.

ثانياً: العنصر النفسي

لكي تقوم حالة التدليس، لا بد وأن يتوافر إلى جانب العنصر المادي، العنصر النفسي، بحيث تتصرف إرادة المتعاقد المدلس إلى تضليل المتعاقد المدلس عليه، ودفعه دفعا إلى إبرام العقد، فقد يحصل أن يقوم المتعاقد بفعل ما، أو يصرح بقول ما، دون أن تكون لديه نية تغليب المتعاقد الآخر، ففي هذه الحالة لا يمكن أن تقوم حالة التدليس، ومنه لا يمكن المطالبة بإبطال العقد على هذا الأساس، وفي هذا الشأن، لا يعد تدليسا إبراز التاجر بضاعته في أحسن صورة، طالما أنه لم يقصد التضليل، بل الترويج لبضاعته واستهواء الناس¹.

في السياق ذاته، يرى بعض الفقهاء أنه لا ضرورة لاشتراط وجود نية التضليل لدى المتعاقد المدلس، إذ يكفي أن يعلم أن سكوته عن بعض الوقائع والملابسات، واستعماله لبعض الحيل، قد يؤدي إلى تغليب المتعاقد الآخر، تماما مثلما يكفي لقيام التدليس إدراك المدلس للضرر الذي من شأنه أن يصيب المدلس عليه نتيجة هذا السلوك².

الفرع الثاني: أن يكون التدليس مؤثرا

يعتبر التدليس مؤثرا في إرادة المدلس، متى كان هو الدافع إلى التعاقد، إذ لولا الاعتقاد الخاطيء الذي وقع في ذهن المتعاقد وبتدخل من المتعاقد الآخر أو حتى من الغير -كما سنرى في الشرط الموالي-، ما أقدم على إبرام العقد، وذلك استنادا لمقتضيات المادة 1/86 ق.م، فمتى ثبت أن التدليس لم يكن الدافع إلى التعاقد، بأن لم تبلغ الحيل أو الأكاذيب المستعملة من الجسامة حد تضليل المتعاقد الآخر، أو وصلت إلى هذا الحد، وثبت أن الطرف المدلس عليه

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 179.

² Gerard Farjat, droit privé de l'économie, revue économique, PUF, Paris, 1975, n°: 4, p. 154.

كان ليرضى بالعقد بالشروط نفسها حتى لو لم يضلل، لا يكون لهذا التدليس أي أثر على صحة العقد¹.

وحسب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، فإن التدليس إما أن يكون دافعا، أو غير دافع للتعاقد، حيث يختلف الثاني عن الأول في أنه لا يحمل المتعاقد على التعاقد، وإنما يغيره على قبول بعض الشروط المجحفة، حيث أن المتعاقد يقدم على إبرام العقد بغض النظر عن الحيل المستعملة من الطرف الآخر، فهو إذن لا يشكل سببا لإبطال العقد، بل يخول لمن وقع فيه المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر لا غير².

والظاهر أن المشرع الجزائري لم يعتمد هذا التمييز في المادتين 86 و87 ق.م، عند تنظيمه لأحكام التدليس، ولعل السبب وراء ذلك، أن هذا التمييز أصلا منتقد من الفقه الحديث؛ حيث يرى الأستاذ محمد صبري السعدي أن العقد كل لا يتجزأ، فالتدليس الذي أدى إلى التعاقد بشروط باهظة أو مجحفة، هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط، ومن ثم يعيب الإرادة ويكون سببا في إبطال العقد³.

ومن جهته، يرى الأستاذ علي فيلالي، أنه عندما يثبت للمتعاقد أنه وقع في تدليس، فيمكنه أن يطالب بإبطال العقد من جهة، وتعويض الضرر الذي لحقه من جهة أخرى، وقد يتخلى المدلس عليه عن حقه في إبطال العقد مكتفيا بطلب تعويضات فقط، خاصة أن المطالبة بمسؤولية المدلس أمر مستقل عن دعوى الإبطال، ومن ثم، فلا طائل من وراء هذا التمييز⁴.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 180.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. ص. 402-403.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 180.

⁴ علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 183.

الفرع الثالث: أن تكون للطرف الآخر يد في التدليس

حتى يتمكن المتعاقد المدلس عليه من المطالبة بإبطال العقد، لا بد وأن يكون للمتعاقد الآخر دخل في هذا التدليس، وذلك في إحدى صورتين:

1- أن يكون التدليس صادرا عن المتعاقد نفسه أو وكيله في العقد، طالما أن إرادة الوكيل تحل محل إرادة الأصيل، وهي الصورة المنصوص عليها في المادة 86 ق.م، وهي الأصل والقاعدة¹.

2- أن يكون الطرف الآخر يعلم أو من المفروض أن يعلم بهذا التدليس؛ فقد يحصل أن يصدر التدليس من الغير، فالأصل في هذه الحالة ألا يحق للمدلس عليه المطالبة بإبطال العقد، طالما أن التدليس لم يصدر عن المتعاقد الآخر، أي أنه لم يصدر في إطار العلاقة العقدية²، ودون الإخلال بحقه في مطالبه هذا الغير بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية (المادة 124 ق.م)، غير أنه متى كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان باستطاعته أن يعلم بوجود التدليس، جاز للمدلس عليه المطالبة بإبطال العقد جزاء له عن سوء نيته.

المطلب الثالث

إثبات التدليس وآثاره القانونية

لكي يحكم القاضي بإبطال العقد، لا بد وأن يثبت المدعي واقعة التدليس بكل عناصرها وشروطها، استنادا إلى القاعدة المشهورة: "البينة على من ادعى"، ولأنها واقعة مادية فهي قابلة للإثبات بكل الطرق³.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 433.

² جمال الدين زكي، الوجيز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 450.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 184.

أما عن منهج القاضي في التعامل مع واقعة التدليس، فقد سبق أن أشرنا أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في ذلك، مع الأخذ بعين الاعتبار المعيار الذاتي، الذي يقتضي الرجوع إلى نفسية المتعاقد المدلس عليه، بل وحتى المتعاقد المدلس والظروف التي تم فيها العقد، وتبعاً للتصوير السابق، فإنه متى تعذر على المدلس عليه إثبات التدليس، يمكنه الاكتفاء بدعوى الغلط إذا رأى المدلس عليه أن الغلط أيسر عليه في الإثبات من التدليس¹.

ومتى ثبتت واقعة التدليس بعناصرها وشروطها، ترتب على ذلك آثاران:

- الأثر الأول: وهو الحكم بإبطال العقد لعيب في الرضا، مع ما يترتب على ذلك من آثار، كإعادة المتعاقدين إلى حالتيهما الأصلية في حدود ما هو مستطاع².
- الأثر الثاني: وهو المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وفق أحكام المادة 124 ق.م، وذلك جبراً للضرر الذي أصاب المدلس عليه بسبب خطأ المدلس، سواء كان المتعاقد الآخر، أم الغير، أم كلاهما معاً³.

المطلب الرابع

موقف المشرع الجزائري من التدليس في عقد الزواج

بعد تقييده للتعدد بموجب المادة 8 ق.أ المعدلة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، نص المشرع في المادة 8 مكرر المضافة بموجب الأمر ذاته جزاء لمخالفة أحكام المادة 8: "حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 332.

² وفي هذا، قضت المحكمة العليا: "إن قضاة الموضوع بإلغائهم سند البيع مع إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ومنح تعويض للمطعون ضدها لكون الطاعنين ارتكبوا تدليسا باستعمال حيلة لإبرام العقد، فإنهم قد أحسنوا تطبيق المادة 86 من القانون المدني." قرار رقم 233625، مؤرخ في 17-1-2001، م.ق، 2001، عدد 2، ص. 109.

³ عبد المنعم البدرابي، المرجع السابق، ص. 276.

ما يلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع اعتبر التدليس معيبا للإرادة في عقد الزواج، غير أنه لم يقرر جزاء لذلك، وهو حق المطالبة بالإبطال كما فعل في القانون المدني، وإنما أقر الحق في المطالبة برفع دعوى التظليق¹، وذلك استنادا لأحكام المادة 6/53. ولا يفوتنا التذكير بالاختلاف الموجود بين التظليق والإبطال وما يترتب عليهما من آثار قانونية، وهو ما من شأنه أن يثير نوعا من الجدل حول مقصود المشرع من مصطلح التدليس: هل قصد به التدليس بمفهوم المادتين 86 و 87 ق.م، أم أنه قصد شيئا آخر؟ خاصة في ظل عدم الدقة التي تطبع نصوص قانون الأسرة.

وقد يحصل أن يكون التدليس صادرا عن ناقص الأهلية، وفي هذه الحالة، نعتقد أنه يجوز لهذا الأخير المطالبة بإبطال العقد، ولكن على أساس نقص الأهلية، وليس على أساس التدليس كعيب في الإرادة؛ لأن التدليس صادر منه، ولا يجوز لمن صدر منه التدليس المطالبة بإبطال العقد؛ لأن هذه المكنة مقررة حصرا للمدلس عليه؛ لأنه المشمول بهذه الحماية من طرف المشرع، فالأساس القانوني الذي يستند عليه الحق في إبطال العقد يتمثل في نقص الأهلية، خاصة وأن المشرع لم يشترط لإبطال العقد بسبب هذا العيب ألا تكون لناقص الأهلية يد في ذلك، غير أن هذا لا ينفي حق المدلس عليه في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية المدنية، إما على أساس الفعل الشخصي طبقا للمادة 124 ق.م، وإما على أساس فعل الغير طبقا للمادة 134 ق.م، المتعلقة بمسؤولية متولي الرقابة².

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 204.

² يراجع بخصوص قواعد المسؤولية المدنية: علي فيلالي، الالتزامات: الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص 32 وما بعدها.

المبحث الثالث

الإكراه

يعتبر الإكراه عيباً من عيوب الرضا، لذلك فهو يجعل العقد قابلاً للإبطال من طرف المتعاقد المكره، وخلافاً للغلط والتدليس، فإن المكره يعلم وقت إبرام العقد أن إرادته معيبة، ولأن الإكراه عبارة عن ضغط يمارس على أحد المتعاقدين، فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد، بغض النظر عما إذا كان يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال¹، فإن الزواج أصبح مسرحاً لمثل هذه الضغوطات، إذ عادة ما تتعرض المرأة إلى إكراه من طرف أهلها، وحتى من طرف الزوج في بعض الأحيان، فتدفع دفعا إلى إبرام العقد رغم عدم الرضا به، غير أن الفقه عادة ما يميز بين نوعين من الإكراه: الإكراه الذي يعدم الإرادة، والإكراه الذي يعيب الإرادة، بحيث يؤدي الأول إلى بطلان العقد، في حين يؤدي الثاني إلى إبطاله، ووسائل الإكراه إما أن تكون مادية أو معنوية. والإكراه المقصود في المادتين 88 و89 ق.م، هو الإكراه الذي يعيب الإرادة، وليس الإكراه الذي يعدم الإرادة، طالما أن المشرع رتب عليه إمكانية المطالبة بإبطال العقد، وليس البطلان المطلق للعقد².

والحاصل، أن دراسة هذا العيب تقتضي منا تحديد شروطه (المطلب الأول)، وبيان مصدره (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط الإكراه

جاء في المادة 1/88 ق.م: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بينة يبعثها المتعاقد في نفسه دون وجه حق"، يستخلص من هذا النص أنه لكي يكون

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 183 وما بعدها.

² علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 186.

الإكراه سببا لإبطال العقد، لا بد وأن يتعاقد المكره تحت ضغط رهبة بينة (الفرع الأول)، وبدون وجه حق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرهبة البينة

نصت المادة 2/88: "وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال".

واستخلاصا من ذلك، فإن الرهبة المعتد بها في الإكراه، لا تتحقق إلا إذا قامت على خطر جسيم ومحقق (أولا) يهدده هو أو أحد أقاربه (ثانيا).

أولا: عنصر الخطر

لكي تقوم الرهبة البينة في نفس المتعاقد، لا بد وأن تقوم على خطر جسيم ومحقق يهدده، ويعتبر الخطر جسيما متى كان محددًا، وكانت له عواقب وخيمة يخشاها المتعاقد، ويعجز عن دفعها، أو التخلص منها.

وبمفهوم المخالفة، فإنه لا يعتد بالتهديدات العامة التي لا تستند إلى أي تحديد، كأن يقول أحد المتعاقدين للآخر: "لن تخلص مني"، فمثل هذا التهديد غير محدد، وبالتالي لا يمكن اعتباره خطرا جسيما¹.

ومن جهة أخرى، فإنه لا يشترط في التهديدات أن تكون حقيقية، إذ يكفي أن تكون وهمية حتى يعتد بها، طالما تأثرت بها نفسية المتعاقد المكره، وتأسيسا على ذلك، فإن المعيار المعتمد في تقدير جسامة الخطر، هو معيار ذاتي، يستند بموجبه القاضي إلى شخصية المتعاقد المكره، والظروف التي تم فيها العقد، وهو ما أكده المشرع في المادة 3/88، أين كان اختياره في

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 338.

المسألة واضحة وصريحا، ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في حالة الإكراه¹.

وتطبيقا لهذا المعيار، فإن ما يعتبر جسيما بالنسبة لشخص، قد يعتبر تافها بالنسبة لشخص آخر، وذلك مراعاة للعناصر المذكورة في النص أعلاه، فالشاب يختلف عن الشيخ، والمتعلم يختلف عن الجاهل، والرجل يختلف عن المرأة، والصحيح يختلف عن السقيم، وغير ذلك.

وفي السياق ذاته، فإنه لا يكفي للاعتداد بالخطر أن يكون جسيما فقط، بل لا بد وأن يكون محدقا، ولكي يكون كذلك، يجب أن يكون وشيك الوقوع، إذ يمكن أن يقع في أي لحظة، بحيث يصعب على المكره أخذ الاحتياطات اللازمة لدفع هذا الخطر، وللإشارة، فإن الطابع المحدق للخطر لا يعني أن يكون الخطر حالا، بحيث يقع في الوقت الحاضر، لأن الرهبة هي التي يشترط أن تتحقق فورا، أما الخطر فيبقى مستقبليا كأصل وكقاعدة².

ثانيا: المههد بالخطر

استنادا لأحكام المادة 2/88، فإن المجال الشخصي للخطر يتحدد بالمتعاقد أو أحد أقاربه دون غيرهما، إذ يمكن أن يكون المههد بالخطر هو المتعاقد المكره في حد ذاته، كأن يهدد بالقتل أو الضرب أو الاعتداء على ممتلكاته أو المساس بشرفه، وغير ذلك، فكلها تهديدات يمكن أن تنال من رضا المتعاقد، وتدفعه دفعا إلى إبرام العقد.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 188.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 195.

أما عن الأقارب، فإنه خلافاً للمشرع المصري الذي يعتد بالخطر الذي يهدد الغير طبقاً للمادة 2/127 ق.م، اقتصر المشرع الجزائري على الأقارب فقط دون أن يحدد مفهوم الأقارب ودرجة القرابة¹.

وانطلاقاً من ذلك، فإنه يتعين اعتماد قاعدة التفسير الموسع، بحيث يتم صرف مفهوم الأقارب إلى كل الأقارب بغض النظر عن درجة القرابة.

ولأن الإكراه مسألة نفسية بحتة تؤثر في إرادة المتعاقد المكره ويعتمد القاضي في تقديرها على المعيار الذاتي²، فإنه يبدو للباحث أنه كان على المشرع ألا يضع هذا القيد، لأنه قد يكون الغير أعز على المتعاقد من القريب، كأن يتعلق الأمر بالجار، أو الصديق، أو الزميل في العمل، أو غيرهم، ومن هنا قد تتولد الرهبة في نفسية المتعاقد نتيجة وجود خطر يهدد صديقه دون أن يتأثر بوجود خطر يهدد أحد أقاربه مهما كانت درجة القرابة.

الفرع الثاني: الرهبة غير المشروعة

لا يمكن الاعتداد بالإكراه كسبب مبطل للعقد، إلا إذا كانت الرهبة التي ولدها المتعاقد المكره في نفس المتعاقد غير مشروعة، وتكون كذلك على وجه الخصوص، إذا لجأ المكره إلى استعمال وسائل غير مشروعة، كالعنف والقوة أو التهديد بالقتل وغيرها، أو كانت الغاية من هذا الإكراه غير مشروعة، وهي في الغالب الأعم، حمل المتعاقد على إبرام عقد لا يرغب فيه، ومن هنا تثار مسألة النفوذ الأدبي، والتهديد باستعمال حق، ما إذا كانا يشكلان إكراها أم لا؟

¹ Charles Beudant et autres, cours de droit civil Français, tome 9 bis: contrats et obligations, 2^{ème}, Rousseau, Paris, 1952, p. 92.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 190.

أولاً: النفوذ الأدبي

الأصل أن النفوذ الأدبي لا يعتبر في حد ذاته إكراها، طالما كان الهدف منه مشروعاً، ومثاله أن يستعمل الإمام نفوذه على المصلين، فيدفعهم إلى التبرع بأموالهم لفائدة المسجد، ففي هذه الحالة لا يعتبر نفوذ الإمام على المصلين إكراها معيباً للرضا، طالما أن الهدف مشروع، وطالما أن النفوذ لم يؤد إلى إعدام الرضا¹.

أما إذا كان القصد من استعمال النفوذ الأدبي تحقيق غاية غير مشروعة، فإن العقد المبرم نتيجة لذلك يكون قابلاً للإبطال بسبب الإكراه².

ومن هنا يثار الإشكال: ماذا لو استعمل الأب نفوذه على ابنته، فيدفعها إلى قبول الزواج من شخص معين؛ هل يكون الزواج قابلاً للإبطال بسبب عيب الإكراه أم لا؟ طالما أن النفوذ الأدبي لا يعتبر في حد ذاته إكراها، وطالما أن الغاية مشروعة وهي الزواج، وأخذاً بعين الاعتبار أن الزواج يقوم على فكرة الاعتبار الشخصي، أين يكون من الصعب على أحد الطرفين أن يقبل بالطرف الآخر أياً كان.

ويبدو للباحث أن اعتبار النفوذ الأدبي إكراها من عدمه، لا يمكن أن يؤسس على مشروعية القصد من عدمها، لأنه حتى في حالات الإكراه القائم على رهبة بينة وغير مشروعة، قد يكون الهدف من وراء ذلك غاية مشروعة، بل قد يكون للمتعاقد المكره فائدة كبيرة من وراء إبرام العقد.

¹ Les frères Mazeaud, op.cit, p. 164.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 190.

ومن جهة أخرى، فإن عيوب الرضا ليست وسيلة قانونية لمراقبة مشروعية التصرفات، وإنما هي سلطة وضعت في يد المتعاقد الذي عيبت إرادته بسبب من الأسباب، تمكنه من المطالبة بإبطال عقد لم تتجه إرادته الحقيقية إلى إبرامه¹.

لأجل ذلك، يرى الباحث -على الأقل في عقد الزواج- ضرورة اعتماد معيار آخر للتمييز بين النفوذ الأدبي، الذي يعتبر إكراها والنفوذ الأدبي الذي لا يعتبر كذلك، فمتى أدى استعمال النفوذ الأدبي إلى المساس بإرادة المتعاقد في إبرام العقد، فإننا نرى ضرورة اعتبار هذا النفوذ إكراها، طالما أن المشرع قد أخذ بالمعيار الذاتي في تقدير الإكراه ومدى تأثيره على رضا المكره، والعكس بالعكس.

ثانياً: التهديد باستعمال حق

قد يحدث أن يلجأ المتعاقد لإكراه المتعاقد الآخر، لحمله على إبرام العقد، إلى التهديد باستعمال حق من حقوقه ضده، ففي مثل هذه الحالة يثار التساؤل حول ما إذا كان بالإمكان اعتبار مثل هذا التهديد إكراها؟

يبدو لنا أن التهديد باستعمال حق لا يشكل إكراها في حد ذاته، إلا إذا كانت الغاية من هذا التهديد غير مشروعة، والوسائل المستعملة فيه كذلك غير مشروعة، وهو ما سنبينه فيما يلي:

1- عدم مشروعية الغاية:

رغم كون التهديد باستعمال الحق أمر مشروع، ولا يمكن أن يشكل إكراها في حد ذاته، إلا أنه متى كانت الغاية من هذا التهديد غير مشروعة، جاز لمن تعرض لهذا التهديد أن يطالب بإبطال العقد للإكراه، كأن يتعسف صاحب الحق في استعمال حقه، ومثاله أن يهدد الدائن

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 193.

مدينه برفع دعوى قضائية إذا لم يوف الأخير بأكثر مما عليه من التزام، ومثاله كذلك أن يهدد من سرق عشرة ملايين سنتيم بشكوى إذا لم يوقع سندا بقيمة عشرين مليون سنتيم، ففي مثل هذه الحالة يعتبر التهديد برفع شكوى -والذي هو حق للشخص المسروق- إكراها، لأنه يجعل رضا السارق معيبا، وبالتالي يجوز له المطالبة بإبطال العقد الذي وقعه¹.

2- عدم مشروعية الوسائل:

على غرار ما تم بيانه في العنصر السابق، فإنه قد يحدث أن يهدد الشخص باستعمال حقه ولغرض مشروع، إلا أنه قد يستعمل في ذلك وسائل غير مشروعة، مما يجعل مثل هذا التهديد إكراها معيبا لرضا الطرف المكروه، يجيز له المطالبة بإبطال العقد، ومنه أن يهدد السارق عن طريق القوة برفع شكوى ضده، إذا لم يعترف كتابة بما سرق، إذ على الرغم من كون التهديد الذي تعرض إليه السارق مشروعا، والغاية وهي الاعتراف بالمبلغ المسروق مشروعة، إلا أنه يعتبر إكراها، طالما أن الوسائل المستعملة في هذا التهديد غير مشروعة، لأن المكروه لم يكتف بالتصريح أمام السارق أنه سيرفع ضده شكوى، بل قام إلى جانب ذلك باستعمال العنف والقوة ضد السارق، مما يجعل رضاه معيبا، وبالتالي يكون العقد الذي اعترف بموجبه بالمبلغ المسروق، قابلا للإبطال لعيب الإكراه².

بعد تعرضنا للشروط والعناصر المكونة للإكراه كعيب من عيوب الرضا، تجدر الإشارة إلى أنه وعلى غرار عيوب الرضا الأخرى، لا بد وأن تكون الرهبة التي تولدها في نفس المتعاقد المكروه هي الدافع إلى التعاقد، لأن الإكراه، وكأي عيب من عيوب الرضا لا يمكن أن يكون

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 193.

² العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006، ص. ص. 164-165.

مبطلا للعقد، إلا لأنه يفسد رضا المتعاقد المكره، ومن ثم، فإنه لا يعتد بالإكراه كسبب لإبطال العقد، إذا ثبت أن المتعاقد كان سيبرم العقد، حتى ولو لم يتعرض إلى أي تهديد.

المطلب الثاني

مصدر الإكراه

عملا بأحكام المادتين 88 و 89 ق.م، فإنه يمكن أن يكون الإكراه صادرا عن المتعاقد، وهذا هو الأصل، كما قد يكون استثناء، صادرا عن الغير، ويبقى الإشكال يثار بالنسبة لحالة الضرورة، فيما إذا كانت تشكل مصدرا للإكراه أم لا؟

الفرع الأول: الإكراه الصادر عن المتعاقد

يكون العقد قابلا للإبطال من المتعاقد المكره، إذا كان المتعاقد الآخر قد ولد في نفسه رهبة دفعته إلى إبرام العقد دون رضاه، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 1/88 ق.م بقولها: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق..."، من خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع جعل من الإكراه الصادر عن المتعاقد هو الأصل، وهذا أمر بدهي، لأن العقد يقوم على فكرة تضارب المصالح بين الطرفين، إذ يحاول كل طرف فيه أن يحقق أكبر قدر من المنفعة، فيكون من مصلحة المتعاقد في بعض الأحيان أن يكره المتعاقد معه على إبرام العقد¹.

الفرع الثاني: الإكراه الصادر عن الغير

إلى جانب الإكراه الصادر عن المتعاقد، يعتد المشرع بالإكراه الصادر عن الغير، بحيث تكون الرهبة التي ولدت في نفس المتعاقد المكره صادرة من غير المتعاقدين، غير أن المشرع قيد الاعتداد بهذا الإكراه كسبب مبطل للعقد بضرورة أن يكون المتعاقد الآخر يعلم حقيقة أو

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 192.

حكما بوجود هذا العيب¹، وذلك بصراحة المادة 89 ق.م، فإذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطالب بإبطال العقد رغم العيب الذي أصاب إرادته، وذلك حفاظا على استقرار المعاملات من جهة، وحماية للمتعاقد الآخر الذي لا ذنب له في وقوع هذا الإكراه من جهة أخرى، طالما لم يكن مصدرا له ولم يكن على علم به لا حقيقة ولا حكما²، مع أنه يبقى للمكره حق مطالبة المكره بالتعويض وفق أحكام المسؤولية التقصيرية وطبقا للمادة 124 ق.م.

الفرع الثالث: حالة الضرورة

تتمثل حالة الضرورة في الرهبة التي تتولد في نفسية المتعاقد، ولكن بفعل ظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين والغير، كأن تكون ظروفًا طبيعية، أو اقتصادية، أو سياسية تدفع المتعاقد دفعا إلى إبرام العقد³، وقد ثار جدل واسع حول ما إذا كانت حالة الضرورة تعتبر إكراها بالمفهوم السابق ذكره أم لا؟

في هذا الصدد ذهب القضاء الفرنسي في بادئ الأمر إلى القول بضرورة النظر في نية المتعاقد ما إذا كانت نية حسنة أم سيئة، فإذا كان المتعاقد ذا نية حسنة بحيث لم يقصد استغلال حالة الضرورة لفرض شروط مجحفة على المتعاقد معه، كنا أمام حالة إكراه، ومن ثم كان للمتعاقد المكره المطالبة بإبطال العقد⁴.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فإنه لم ينص في المادتين 88 و89 على حالة الضرورة كمصدر للإكراه، رغم الرهبة التي تولدها في نفسية المتعاقد، لأن المشرع اشترط أن يكون الإكراه صادرا عن المتعاقد أو الغير.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 342.

² محمود جمال الدين زكي، الوجيز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 156.

³ عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص. 102.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 471.

ومن هنا يثار الإشكال حول ما إذا كان المشرع الجزائري يعتد بحالة الضرورة كمصدر للإكراه أم لا؟

في هذا الشأن، يرى الباحث أن المسألة تبقى متوقفة على المقصود من الغير: هل قصد به المشرع الإنسان فقط، أم قصد كل ما عدا المتعاقدين بما في ذلك حالة الضرورة؟ وهل العبرة في الإكراه بسلامة رضا المتعاقد المكره، أم بحسن وسوء نية المتعاقد الآخر؟

وفيما يخص التساؤل الأول، اختلف الفقهاء والشراح في هذه المسألة، فمنهم من رأى أن الغير يقصد به الإنسان فحسب، ومنهم من رأى غير ذلك، وهو الرأي الغالب، بحيث لم يفرقوا بين إكراه يهيئه الشخص وإكراه يتهياً صدفة، طالما كان المتعاقد الذي استغل حالة الضرورة سيء النية¹.

أما فيما يخص التساؤل الثاني، فيرى الباحث ضرورة الاعتداد في حالة الضرورة بحسن أو سوء نية المتعاقد الآخر، لا بسلامة رضا المتعاقد المضطر فحسب، فمتى كان المتعاقد معه سيء النية، قامت حالة الإكراه، ومتى كان حسن النية، لم تقم حالة الإكراه، وبالتالي لا مجال للمطالبة بإبطال العقد، وذلك راجع للأسباب التالية:

- حالة الضرورة لا يد للمتعاقد فيها، وإبطال العقد جزاء قانوني، ولا جزاء من دون مخالفة.
- الاعتداد بعيوب الرضا كسبب للإبطال، جاء في إطار تكريس مبدأ سلطان الإرادة، وبمقتضى هذا المبدأ، فإن إرادة كل من المتعاقدين لا بد وأن تكون محل حماية، فكما لا يمكن أن نلزم المتعاقد المكره بما لم تتصرف إليه إرادته، لا يمكن في مقابل ذلك أن نتجاهل إرادة المتعاقد الآخر، طالما أنها إرادة موجودة وسليمة وخالية من سوء النية ورتبت آثارا قانونية، فحماية الإرادة لا بد وأن تكون من زاويتين، من زاوية الوجود ومن زاوية العدم.

¹ علي فيلالي، المرجع السابق، ص. ص. 194-195.

- الحفاظ على استقرار المعاملات والموازنة بين مصالح المتعاقدين.

- خلافا للغلط، فإن أحكام الإكراه تعكس اعتداد المشرع بسوء النية أكثر من عدم سلامة الرضا، فحتى في حالة الإكراه الصادر عن الإنسان (الغير)، يشترط المشرع أن تكون نية المتعاقد سيئة، وذلك بأن يعلم حقيقة أو حكما بوجود الإكراه.

ويبقى السؤال مطروحا حول ما إذا كان الإكراه يتحقق بمجرد دفع المتعاقد المكره إلى إبرام عقد لا يرغب فيه، أم لا بد أن يكون هناك تفاوت في الالتزامات، بحيث يخضع المتعاقد المكره لشروط مجحفة قد تؤدي إلى عدم التوازن بين المتعاقدين، وهل المسألة تقتضي التمييز بين العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، مثل عقد الزواج، والعقود القائمة على الاعتبار المالي مثل البيع أم لا؟ وهل يمكن أن نطبق أحكام الاستغلال عوض أحكام الإكراه في حالة التفاوت أم لا؟ كلها تساؤلات وأخرى لا تزال تطرح نفسها بإلحاح.

المبحث الرابع

الاستغلال

خلافا للغلط والتدليس والإكراه، وقع خلاف فقهي حول الاستغلال ما إذا كان عيبا من عيوب الرضا أم لا، وذلك راجع إلى الخلط بينه وبين الغبن الذي هو عيب في العقد لا عيب في الرضا، فالغبن يقوم على تصور مادي، يتمثل في التفاوت بين القيمة المادية للالتزامات المتعاقدين، أما الاستغلال فلا يتوقف عند هذا الحد، إذ يشترط لقيامه أن يكون التفاوت في الالتزامات ناتجا عن ضعف نفسي، لدى أحد المتعاقدين، استغله المتعاقد الآخر لإحداث هذا

الاختلال، ومن ثم فهو يقوم على تصور ذاتي، إذ تكون نفسية المتعاقد المستغل محل اعتبار¹، وهو الاتجاه الذي سارت عليه مختلف التشريعات ومنها التشريع الجزائري في المادة 90 ق.م. ولكي يعتد بالاستغلال كعيب من عيوب الرضا، ويتمكن المتعاقد المستغل من المطالبة بإبطال العقد أو إنقاص التزاماته (المطلب الثاني)، لا بد وأن يقوم على عنصرين أساسيين (المطلب الأول).

المطلب الأول

عناصر الاستغلال

يقوم الاستغلال على عنصرين: عنصر مادي (الفرع الأول)، وعنصر نفسي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العنصر المادي

يأخذ العنصر المادي في الاستغلال ثلاث صور، فهو إما أن يكون تفاوتاً بين الالتزام والعوض (أولاً)، وإما أن يكون تفاوتاً بين حظ الربح والخسارة (ثانياً)، وإما أن يأخذ صورة ثالثة وهي انعدام العوض (ثالثاً).

أولاً: التفاوت بين الالتزام والعوض

تقوم هذه الصورة في حالة وجود تفاوت بين قيمة الأداء الذي يقوم به المتعاقد المغبون، وقيمة العوض الذي يتحصل عليه، شريطة أن يكون هذا التفاوت كثيراً، كما جاء في المادة 90 ق.م: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد

¹ Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, op.cit, p. 159.

من فائدة..."، وبمفهوم المخالفة، فإن التفاوت اليسير لا يمكن أن يشكل استغلالاً، وبالتالي لا يجوز معه للمتعاقد أن يطالب بإبطال العقد¹.

والملاحظ أن المشرع لم يحدد نسبة معينة لهذا التفاوت، بل اكتفى بوصفه بالكثير، مما يعني أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير هذا التفاوت، وذلك مع مراعاة نفسية المتعاقد المستغل، لأن ما يعتبر كثيراً بالنسبة لمتعاقد، قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لمتعاقد آخر، والمسألة مسألة واقع، ولا رقابة للمحكمة العليا فيها².

ثانياً: التفاوت بين حظ الربح والخسارة

الظاهر أن العقود الاحتمالية لا يمكن الاعتداد فيها بنظرية الاستغلال، وذلك لكونها تقوم بطبيعتها على احتمال الربح أو الخسارة، إذ لا يمكن للمتعاقدين وقت إبرام العقد أن يعرفا ما سينتج عن هذا العقد من غرم أو غنم³، ومع ذلك، يرى البعض ضرورة الأخذ بنظرية الاستغلال في مثل هذه العقود، إذ يشترط أن يكون احتمال الربح أو الخسارة الذي يتحمله المتعاقد، متكافئاً مع احتمال الربح أو الخسارة الذي يتحمله المتعاقد الآخر، إذ يحصل أن يكون احتمال الخسارة بالنسبة للمتعاقد الأول أوضح وأبرز منه بالنسبة للمتعاقد الثاني، ففي هذه الحالة نكون أمام تفاوت في الالتزامات، وبالتالي تقوم حالة الاستغلال متى توافر العنصر النفسي⁴.

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص. 55.

² علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 67.

³ محمود جمال الدين زكي، الوجيز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 163. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص. 1066.

⁴ إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص. 128.

ثالثاً: انعدام العوض

على غرار العقود الاحتمالية، فإن الأصل في عقود التبرع ألا تخضع لنظرية الاستغلال، وذلك لكون هذا النوع من العقود يلتزم فيه المتبرع بدون مقابل، مما يجعل الكلام عن الاستغلال فيها ضرباً من اللهو والعبث، غير أن المادة 90 ق.م، لم تستبعد صراحة هذه العقود، بل أقرت بطريقة ضمنية إمكانية إخضاعها لنظرية الاستغلال، وذلك من خلال الفقرة الثالثة التي جاء فيها: "... ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال..."، فتحدد المشرع لعقود المعاوضة دون العقود الأخرى في هذه الفقرة، دليل واضح على إمكانية تصور الاستغلال في عقود التبرع¹.

وبما أن المتبرع لا ينتظر مقابلاً مادياً من المتبرع له، فإن عملية الموازنة بين التزامات المتعاقد وما حصل عليه مقابل ذلك، يتم من خلال تقدير الفارق بين الالتزامات التي يتحملها المتبرع، والغاية المعنوية التي يسعى إلى تحقيقها، وذلك في ضوء المعيار الذاتي، إذ يرجع القاضي في تقدير المسألة إلى نفسية وقناعة المتبرع، وله السلطة التقديرية الواسعة في ذلك، طالما أن المسألة مسألة واقع لا مسألة قانون².

ويبقى الإشكال مطروحاً حول كيفية تقدير التفاوت بين التزامات المتعاقد والغاية المرجوة؟ بغض النظر عن الخلاف الفقهي حول المسألة، فإن التفاوت يتحدد بالقدر غير المألوف للمال المتبرع به من جهة، والثروة التي يمتلكها المتبرع من جهة ثانية³، وهي الكيفية الأقرب إلى أحكام المادة 90 ق.م.

¹ حلو عبد الرحمان مسلم أبو حلو، نظرية الاستغلال في الشريعة الإسلامية والقانون، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1974، ص. 101.

² Les frères Mazeaud, op.cit, p. 180.

³ Mesli Nadir, la lesion en droit Algérien, D.E.S, université d'Alger, 1977, p. 20.

وإذا كانت إمكانية تطبيق أحكام الاستغلال في عقود التبرع واردة، فإننا نتساءل عن مدى إمكانية تطبيقها في عقد الزواج، هذا العقد الذي على الرغم من كونه لا يندرج ضمن العقود المالية، إلا أنه ينطوي على بعض الجوانب المالية كما هو الحال بالنسبة للصدّاق، إذ يحصل في بعض الأحيان أن تستغل الزوجة زوجها لتأخذ منه قدرا كبيرا من المال قد يفوق حدود المعقول، في هذه الحالة يثار التساؤل حول كيفية تقدير هذا الاستغلال، خاصة وأن هناك من يرى أن الصدّاق يقدم للمرأة على سبيل الهدية، فليس للزوج من ورائه أي مقابل مادي؟

يرى الباحث في هذا الشأن أنه كما يمكن الأخذ بنظرية الاستغلال في عقود التبرع، يمكن الأخذ بها في عقد الزواج، أما عن كيفية تقدير التفاوت، فنقترح إحدى الطريقتين الآتيتين:

- **الطريقة الأولى:** تتم من خلال مقارنة المهر المقدم للزوجة من قبل الزوج، بمهر مثيلاتها من النساء¹، فمتى كانت الزيادة معتبرة قامت حالة الاستغلال متى توافر العنصر النفسي.

- **الطريقة الثانية:** وهي تلك المقترحة في عقود التبرع، والتي يتحدد التفاوت بموجبها بالمقدار غير المألوف للمهر المتفق عليه من جهة، والحالة الاقتصادية للزوج من جهة ثانية.

ويثار هذا الإشكال، باعتبار أنه في الغالب تستغل الزوجة مشاعر الزوج تجاهها، لتفرض عليه بعض الشروط المجحفة التي تتجاوز حدود المعقول، خاصة وأن عقد الزواج من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، أين يصعب على الزوج التراجع عن مشروع الزواج، لمجرد أن الزوجة اشترطت عليه صدّاقا مرتفع القيمة، ومن هنا يطرح تساؤل آخر: هل يمكن للزوج المطالبة بإبطال العقد، أم يكفي بالمطالبة بإنقاص مقدار الصدّاق؟

يبدو للباحث، أنه مراعاة لخصوصية عقد الزواج الذي لا يقوم على أساس مالي، بقدر ما يقوم على أساس شخصي، واعتبارا لكون الصدّاق لا يشكل إلا جزءا من عقد الزواج، فإنه

¹ علي فيلال، المرجع السابق، ص. 207.

وحفاظا على العلاقة الزوجية واستقرار الأسرة، نرى ضرورة الاكتفاء بإنقاص مقدار الصداق ليكون مساويا لصداق مثيلاتها من النساء، دون الذهاب إلى إبطال العقد، طالما أن الجوانب المالية في عقد الزواج هي مسائل عرضية لا أكثر، فليست هي المقصد من وراء إبرام هذا العقد، وإنما تفرضها الضرورة أحيانا، والأحكام الشرعية أحيانا أخرى.

الفرع الثاني: العنصر النفسي

لا يكفي العنصر المادي لقيام حالة الاستغلال، بل لا بد من توافر العنصر النفسي كذلك، إذ يشترط في الاستغلال أن يعتري المتعاقد المستغل ضعف نفسي (أولا)، يستغله المتعاقد الآخر لإخلال التوازن بينهما (ثانيا).

أولا: الضعف النفسي

يتمثل الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد المستغل وفق أحكام المادة 90 ق.م في الطيش البين (1)، أو الهوى الجامح (1)، وذلك من خلال ما جاء في الفقرة الأولى: "... وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا...".

1- الطيش البين:

يقصد بالشخص الطائش، ذلك الشخص المتسرع الذي يتخذ قرارات دون تبصر أو تفكير كاف ودون تقدير لعواقبها، فهي حالة تشبه إلى أبعد الحدود حالة السفه، التي تعتبر في حد ذاتها قرينة على الطيش، وبالتالي يمكن للسفيه الذي لم يحجر عليه بعد، أن يستفيد من الحماية المقررة في المادة 90 ق.م، وذلك بطلب إبطال العقد للاستغلال الناتج عن الطيش¹.

¹ حلو عبد الرحمان مسلم أبو حلو، المرجع السابق، ص. 95.

ويشترط في الطيش أن يكون بينا، بمعنى أن يكون معروفا لدى الجميع، أو على الأقل يمكن اكتشافه بسهولة من طرف الغير.

2- الهوى الجامح:

يقصد بالهوى الجامح، ذلك الشعور الملح العنيف نحو شخص أو شيء يمتلك الإنسان، فيجعله غير قادر على الحكم على تصرفات معينة¹، وبالتالي تكون إرادته معيبة، مما يجيز له المطالبة بإبطال العقد، ومثاله أن تستغل المرأة الرغبة الشديدة لدى شخص معين في الزواج بها لابتنزاز أمواله.

ويشترط في الرغبات والميولات التي تشكل لنا حالة استغلال، أن تكون جامحة، أي أن تفوق الحد المعقول، بحيث لا يستطيع المستغل دفعها، فيقبل على إبرام العقد مهما كان الثمن، ودون المبالاة بما قد يلحقه مستقبلا من أضرار، مع الملاحظة أن حالة الهوى لا تتعلق بفترة معينة من الأشخاص إذ يمكن أن تمس أي شخص مهما بلغ سنه².

ثانيا: استغلال الضعف النفسي من طرف المتعاقد الآخر

إذا كان المتعاقد المستغل يعتريه ضعف نفسي، وقام المتعاقد الآخر باستغلال هذا الضعف، ودفعه إلى إبرام عقد ما كان ليبرمه دون هذا الاستغلال، كنا أمام استغلال بمفهوم المادة 90 ق.م، واستغلال ضعف المتعاقد المغبون يقتضي سوء نية المتعاقد المستغل، وذلك بأن يعلم بوجود الضعف النفسي لدى المتعاقد معه، وتتصرف إرادته إلى استغلال هذا الضعف

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 75.

² محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص. ص. 108-109.

لفرض التزامات في ذمة المتعاقد المستغل أزيد بكثير من الفائدة التي يتحصل عليها نتيجة هذا العقد¹.

ومن هنا نطرح التساؤل: هل يتحقق الاستغلال إذا كان المتعاقد المستفيد من العقد لا يعلم بالضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد الآخر؟

بغض النظر عن الجدل الفقهي حول المسألة، يرى الباحث ضرورة الاعتداد بهذا الشرط مثل عيوب الرضا الأخرى، إذ لا يمكن أن تقوم للاستغلال قائمة، إلا إذا كان المتعاقد يعلم بوجود الطيش البين أو الهوى الجامح لدى المتعاقد الآخر، أو من المفروض أن يعلم بهذه الحالة، كما إذا كان التفاوت بين التزامات المتعاقدين ملحوظا وبيننا.

ويظهر أن المشرع لم يشترط هذا الشرط صراحة، لأنه مستنتج من نص المادة 90 التي اشترطت في الطيش أن يكون بينا، وفي الهوى أن يكون جامحا، وفي التفاوت بين الالتزامات أن يكون كبيرا، ومن ثم، فإنه من المستبعد أن يكون المتعاقد المستغل جاهلا لكل هذه الظروف، وعليه فإن سوء النية مفترض في هذا الأخير.

المطلب الثاني

جزاء الاستغلال

إذا تحقق الاستغلال بعنصره المادي والنفسي، جاز للمتعاقد المستغل وخلال سنة من تاريخ العقد أن يطلب إبطال العقد (الفرع الأول)، أو إنقاص التزاماته (الفرع الثاني).

وما يلاحظ على المادة 90 ق.م أنها خرجت عن القاعدة العامة في عيوب الرضا والمقررة في المادة 101 ق.م، التي بموجبها يجوز للمتعاقد الذي عيبته إرادته أن يطالب بإبطال العقد خلال مدة خمس سنوات، تحتسب من تاريخ اكتشاف العيب متى تعلق الأمر

¹ عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص. 105.

بالغلط أو التدليس، أو انقطاعه متى تعلق الأمر بالإكراه، وذلك بأن جعل للمتعاقد مدة سنة فقط للمطالبة بإبطال العقد أو إنقاص التزاماته، تحتسب من تاريخ العقد وهي ليست مدة تقادم بل مدة سقوط¹، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كان الاستغلال يشكل عيباً من عيوب الرضا، أم أنه مجرد غبن قائم على التفاوت في الالتزامات المادية للمتعاقدين؟

سبق أن أجبنا على هذا التساؤل، بالقول إن الاستغلال عيب من عيوب الإرادة، لأنه لا يقوم على أساس التفاوت في الالتزامات فقط، بل يقوم كذلك على عنصر نفسي يتمثل في الضعف الذي يعتري أحد المتعاقدين، فيستغله المتعاقد الآخر لفرض شروط مجحفة في حقه، وطالما كان الأمر كذلك، نرى أنه من الضروري على المشرع أن يقرر في حالة الاستغلال نفس المدة المقررة في عيوب الرضا الأخرى، أو على العكس على الأقل، وذلك بأن يقرر مدة سنة لكل العيوب حفاظاً على استقرار المعاملات.

الفرع الأول: المطالبة بإبطال العقد

الأثر الأصلي المترتب على تحقق الاستغلال هو قابلية العقد للإبطال، بحيث يكون من حق المتعاقد المستغل المطالبة بإبطال العقد وحده دون غيره، إذ لا يمكن للقاضي أن يحكم بإبطال العقد من تلقاء نفسه، تماماً مثلما لا يمكن للمتعاقد المستغل أن يتقدم بمثل هذا الطلب، طالما أنه مخطئ، ولا يمكن للمخطئ أن يحتج بخطئه².

وإذا كان القاضي لا يمكنه إثارة الاستغلال من تلقاء نفسه، فإنه ومتى رفعت أمامه دعوى الإبطال من طرف المتعاقد المستغل، كانت له سلطة تقديرية واسعة في الموضوع، وذلك لكون الاستغلال عيب من عيوب الرضا، وعيوب الرضا يتم تقديرها غالباً في ضوء المعيار الذاتي، لأنها تعبر عن حالة نفسية تختلف من متعاقد لآخر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 206.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 211.

يجوز للقاضي ألا يحكم بالإبطال، ويكتفي بإنقاص التزامات المتعاقد المستغل متى رأى ذلك كافيا لرفع الاستغلال عنه، وذلك حفاظا على استقرار المعاملات، فلا المستغل يتضرر من إبطال العقد، ولا المستغل يتضرر من التفاوت في الالتزامات¹، وكما يمكن للقاضي اللجوء إلى هذا الحل تجنباً لإبطال العقد، يمكن للمتعاقد المستغل أن يتوقى إبطال العقد، بأن يطلب من القاضي الزيادة في التزاماته بالقدر الذي يرفع الغبن عن الطرف الآخر، متى تعلق الأمر بعقد من عقود المعاوضة دون عقود التبرع التي لا يلائمها مثل هذا الحل².

الفرع الثاني: المطالبة بإنقاص العقد

إذا كان في وسع القاضي أن يحكم بإنقاص العقد متى طلب المتعاقد المستغل إبطاله، فإنه لا يتصور عكس ذلك، بأن يحكم القاضي بإبطال العقد متى طالب المتعاقد المغبون بإنقاص التزاماته، لأن ذلك يخالف مبدأ جوهرياً في التقاضي، وهو أن القاضي لا يمكن أن يحكم بأكثر مما طلب منه³.

وعلى الرغم من كون القاضي ملزم بالتقيد بدعوى الإنقاص متى طلب منه ذلك، فإنه في مقابل ذلك يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد مقدار الالتزامات الواجب إنقاصها، حتى يزول التفاوت الفاحش بين المتعاقدين⁴.

ويبدو أن مثل هذا الحل يعتبر أكثر انسجاماً وتوافقاً مع عقد الزواج، إذ نرى أنه متى حصل استغلال من أحد الطرفين ضد الطرف الآخر، من المستحسن الاهتداء إلى إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، دون الذهاب إلى إبطال عقد سماه المولى عز وجل بالميثاق الغليظ.

¹ Mesli Nadir, op.cit, p. 5.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. ص. 496-499.

³ إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص. 130.

⁴ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 215.

الباب الثاني

مكانة الإرادة في شروط

الزواج

الباب الثاني: مكانة الإرادة في شروط الزواج

إذا كان المشرع قد اكتفى في أركان الزواج بالرضا، فإنه أقر إلى جانب هذا الركن مجموعة من الشروط في المادة 9 مكرر ق.أ، كنا قد تناولنا واحدا منها، وهو الأهلية ضمن ركن الرضا، وذلك نظرا لارتباطه الوثيق بهذا الأخير، في حين خصصنا للشروط المتبقية هذا الباب محاولين تقسيمها إلى شروط موضوعية لصحة الزواج (الفصل الأول)، وشروط شكلية لصحته أيضا (الفصل الثاني)، غير أن هناك شروطا أخرى لم يذكرها المشرع في المادة 9 مكرر، لأنها ليست من شروط صحة العقد، غير أنها تدخل في تكوينه، متى قرر طرفا العقد ذلك، ويتعلق الأمر بالاشتراطات المنصوص عليها في المادة 19 ق.أ، والاتفاقات المالية المنصوص عليها في المادة 37 من القانون ذاته (الفصل الثالث).

الفصل الأول

الشروط الموضوعية لصحة

الزواج

الفصل الأول

الشروط الموضوعية لصحة الزواج

ينصرف مفهوم الشروط الموضوعية لصحة الزواج في هذه الرسالة إلى الصداق، الذي يعد أهم العناصر المكونة لعقد الزواج، وذلك من خلال اتساع الأحكام القانونية المنظمة له، وكذا كثرة الإشكالات القانونية التي يثيرها، والنزاعات المعروضة أمام القضاء بشأنه، خاصة في الحالات التي تنتهي فيها الرابطة الزوجية بالطلاق بمختلف صوره (المبحث الأول)، كما ينصرف مفهوم الشروط الموضوعية إلى انعدام الموانع الشرعية، الذي يعد من أكثر العناصر تكريسا لفكرة النظام العام والآداب العامة، وذلك لاتصاله بالحكم الشرعي للزواج من حيث الحل والحرمة، فمتى توفر أحد الموانع الشرعية في طرفي العقد، كان الزواج في حكم العدم (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الصداق

يعتبر الصداق من أكثر المواضيع إثارة للخلاف بين المذاهب الفقهية من جهة، وبين التشريعات المقارنة من جهة أخرى، وذلك نظرا لارتباطه بالعادات والأعراف السائدة في كل مجتمع، والتي تختلف باختلاف الزمان والمكان، وهو ما سنحاول معالجته في هذا المبحث، وذلك من خلال تحديد القيمة القانونية للصداق (المطلب الأول)، وأنواعه (المطلب الثاني)، وشروطه (المطلب الثالث)، وأطرافه (المطلب الرابع)، ومقداره (المطلب الخامس)، وموجبات ومسقطات الصداق (المطلب السادس)، ثم التنازع حوله (المطلب السابع).

المطلب الأول القيمة القانونية للصداق

إن تحديد القيمة القانونية للصداق، يقتضي منا البحث فيما إذا كان الصداق ركنا في عقد الزواج، أم شرطا من شروطه، أم أثرا مترتبا عليه من جهة (الفرع الأول)، وما إذا كان يقدم على سبيل الهدية، أم على سبيل المعاوضة من جهة ثانية (الفرع الثاني)، وما إذا كانت ثمة آثار قانونية تترتب على تخلفه من جهة ثالثة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الصداق بين الركن والشرط والأثر

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول ما إذا كان الصداق ركنا، أو شرطا، أو أثرا، وذهبوا في ذلك مذهبين:

المذهب الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة واتجاه في المذهب المالكي، حيث يعتبرون الصداق مجرد أثر من آثار عقد الزواج، فهو ليس بركن، ولا بشرط، مستدلين في ذلك بقوله تعالى: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً"¹، ولأن الآية أباحت الطلاق، والطلاق لا يكون إلا بعد زواج صحيح، دل ذلك على كون المهر ليس ركنا في الزواج، ولا شرطا من شروطه، ويتربط على ذلك أنه يصح الزواج إذا لم يتم الاتفاق على الصداق، أو حتى إذا تم الاتفاق على إسقاطه، لأن ذلك لا يمنع من استحقاق الزوجة صداق المثل².

المذهب الثاني: وهو المشهور عند المذهب المالكي، حيث يعتبر الصداق ركنا في الزواج، والاتفاق على إسقاطه يحول دون صحة العقد، مستدلين في ذلك بقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا

¹ سورة البقرة، الآية 236.

² محمد بن رشد، المرجع السابق، ص. 25.

أَحْلُنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ¹، فأوقفوا حل العشرة والاستمتاع بالزوجة - وهو محل عقد الزواج - على توفر ركن الصداق².

وتأسيسا على ذلك، يذهب هذا الاتجاه إلى القول بفساد الزواج في حالة الاتفاق على إسقاط المهر، وبالتالي، وجوب فسخه قبل الدخول، أما بعد الدخول، فقالوا بإمضاء العقد مع وجوب صداق المثل³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد ذهب إلى اعتبار الصداق عنصرا من عناصر تكوين عقد الزواج، ولم يعتبره أثرا كما فعل جمهور الفقهاء، وذلك بإعطائه وصف الشرط بموجب المادة 9 مكرر ق.أ، فهو لم يعتبره أثرا، ولا ركنا، بل اعتبره شرطا، وبذلك يكون قد خالف رأي الجمهور ورأي المالكية في هذه المسألة.

الفرع الثاني: الصداق بين الهدية والمعاوضة

امتد الخلاف الفقهي إلى تكييف الصداق، ما إذا كان هدية، أو معاوضة، أي مقابلا للاستمتاع بالزوجة⁴، وذلك نظرا للاختلاف بين الأدلة في هذا الشأن، فمن جهة، نجد الآية الكريمة: "فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً"⁵، ومن جهة أخرى، نجد الآية: "وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً"⁶، فالآية الأولى وصفته بالأجر أو الفريضة، وجعلته مقابلا

¹ سورة الأحزاب، الآية 50.

² محمد بن رشد، المرجع السابق، ص. 26.

³ رمضان علي الشرنباصي، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص. 349.

⁴ الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، لبنان، 2002، ص. 135.

⁵ سورة النساء، الآية 24.

⁶ سورة النساء، الآية 4.

للاستمتاع بالمرأة، أما الثانية فجعلته مجرد نحلة، أي هدية، وهنا يثار الإشكال حول التكيف الصحيح للصداق: هل هو مقابل، أم مجرد هدية؟ والفصل في هذا الإشكال يتنازع وجهان:

الوجه الأول: إذا اعتبرنا الصداق مقابلاً للاستمتاع، فالاستمتاع حق مشترك بين الزوجين، فكما أن الزوج يستمتع بزوجته، كذلك هي الزوجة تستمتع بزوجها، وإذا كان الصداق مقابلاً للاستمتاع الزوج بزوجته، فما هو مقابل استمتاع الزوجة بزوجها؟ وحتى لو اعتبرنا الصداق مقابلاً للاستمتاع، فلن يستقيم ذلك، إلا إذا اعتبرنا الصداق أثراً من آثار عقد الزواج، لأن المقابلة في العقود تكون بين أمور من طبيعة واحدة، فلا يمكن أن يكون الصداق وهو شرط، أو ركن في العقد مقابلاً للاستمتاع بالزوجة، الذي هو أثر مترتب على العقد، وبالتالي تطبق عليه أحكام الأثر، لا أحكام الشرط أو الركن.

ومن جهة أخرى، فإنه لو كان الصداق مقابلاً للاستمتاع، لثم تقديره بناء على المتعة، لا بناء على المعايير المعروفة من جمال، وحسب، وعلم، وغيرها.

الوجه الثاني: إذا اعتبرنا الصداق هدية أو نحلة، فالهدية تقدم طواعية واختياراً، أما الصداق، فهو التزام شرعي وقانوني يقع على عاتق الزوج لصالح زوجته، وتترتب على تخلفه آثار قانونية، قد تصل إلى فسخ العقد، والمتعارف عليه في النظرية العامة للعقد، أن الشخص حر في التبرع من عدمه، فله أن يتبرع، وله أن يمتنع، دون أن تترتب عليه أي مسؤولية قانونية.

ومن جهة أخرى، فإنه لو اعتبرنا الصداق هدية، فالهدية لا تحتاج إلى مفاوضة من الطرف الآخر (الزوجة أو وليها)، وبالتالي يكون الزوج حراً في إهداء زوجته ما يشاء مما قل منه أو أكثر، سواء كان مادياً، أم معنوياً، أم رمزياً، ولا يقتضي اقترانه بعقد الزواج، إذ يمكن أن يتم الإهداء بصفة مستقلة عن العقد.

ورغم هذا التضارب الواضح والتعارض البين، إلا أننا نميل إلى اعتبار الصداق مقابلاً أكثر من ميلنا إلى اعتباره هدية، طالما أن الزوج ملزم في كل الحالات بدفع الصداق لزوجته، قليلاً كان، أو كثيراً.

الفرع الثالث: الآثار القانونية المترتبة على تخلف الصداق

يفهم من عبارة تخلف الصداق أمران: الأمر الأول وهو عدم تسمية الصداق في العقد، والأمر الثاني الاتفاق على إسقاط الصداق، وقد وقع خلاف حول مصير عقد الزواج، الذي لم يسم فيه الصداق، أو اتفق فيه على إسقاطه، فذهب جمهور الفقهاء إلى القول بصحة العقد، ووجوب صداق المثل للزوجة في حالة تخلفه في العقد، سواء بعدم تسميته، أم بالاتفاق على إسقاطه¹.

أما عند مشهور المذهب المالكي، فإن المسألة تقتضي التمييز بين ما إذا كان الأمر يتعلق بعدم تسمية الصداق، أو بالاتفاق على إسقاطه، ففي الحالة الأولى، رتب المالكية صحة العقد، ووجوب صداق المثل، أما في الحالة الثانية، فقد ميزوا بين فرضين، أولهما: إذا لم يتم الدخول، يفسخ العقد ولا صداق فيه، وثانيهما: إذا وقع الدخول، يمضى العقد مع وجوب صداق المثل².

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فعلى الرغم من إعطائه وصف الشرط للصداق، وليس الركن، إلا أن الظاهر من خلال نصي المادة 15 والمادة 33 ق.أ، أن المشرع أخذ فيما يتعلق بمصير عقد الزواج الخالي من الصداق برأي المذهب المالكي، فقرر في المادة 15 وجوب صداق المثل في حالة عدم تسمية الصداق في العقد، وذلك بالنص في الفقرة الثانية: "... في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل"، وقرر في المادة 33/2: "إذا تم

¹ محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص. 203.

² محمد بن رشد، المرجع السابق، ص. 25.

الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل"، فواضح من خلال النصين أن المشرع ذهب مذهب المالكية في هذه المسألة، مخالفاً بذلك رأي الجمهور، مع أننا نؤيد رأي الجمهور أكثر من رأي المالكية، وذلك نظراً للتوافق بين التكيف الذي قدموه للصدق على أنه أثر، والحكم المقرر للزواج في حالة تخلف الصدق، خلافاً للمالكية الذين كيفوا الصدق بأنه ركن من أركان الزواج، ثم قرروا إمضاء العقد الخالي من الصدق بمجرد الدخول، مع أن هذا الحكم يتوافق مع تكيف الجمهور، لا مع تكيف المالكية.

المطلب الثاني

أنواع الصدق

يقصد بأنواع الصدق في هذا المقام، ما إذا كان الصدق مسمى، أو غير مسمى من جهة، وما إذا كان معجلاً، أو مؤجلاً من جهة أخرى.

الفرع الأول: الصدق المسمى والصدق غير المسمى

انطلاقاً من العنوان نفسه، نتناول الصدق المسمى (أولاً)، ثم الصدق غير المسمى (ثانياً).

أولاً: الصدق المسمى

يقصد بالصدق المسمى، الصدق الذي تم الاتفاق عليه في عقد الزواج صراحة، سواء كان نقوداً، أم ذهباً، أم منفعة، أم غيرها مما يصلح أن يكون صدقاً¹.

وإذا كان الصدق المسمى أقل من صدق المثل، فإنه يتعين الموافقة عليه من طرف الولي، إذا تعلق الأمر بالقاصر، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 11 / 2، التي تقضي بأنه يتولى

¹ يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984، ص. 224.

زواج القصر أولياؤهم، أما إذا تعلق الأمر بالراشدة، فلا دخل للولي في أمر الصداق، قليلا كان، أو كثيرا، طالما أن المشرع لم يأخذ في هذه المسألة برأي الجمهور، ولا برأي الأحناف، وقد يحصل أن يعلن المتعاقدان في مجلس العقد مبلغا مرتفعا للصداق قصد المباهاة والتفاخر أمام الناس، ويتفقان في مقابل ذلك سرا على مبلغ أقل، ففي هذه الحالة، يكون الصداق المتفق عليه سرا هو الصداق المستحق للزوجة إذا تم إخبارها به، وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء، وتؤكد القواعد العامة في قانون الالتزامات والعقود المغربي، لا سيما الفصل 21 منه¹.

وقد جاء في المادة 59 من قانون الأحوال الشخصية الأردني أنه: "عند اختلاف الزوجين في المهر الذي جرى عليه العقد، لا تسمع الدعوى إذا خالفت وثيقة العقد المعتبرة، ما لم يكن هناك سند كتابي يتضمن اتفاقهما حين الزواج على مهر آخر غير ما ذكر في الوثيقة"، فالواضح من خلال هذا النص، أن المشرع الأردني يعتد كأصل بالمهر المتفق عليه في وثيقة الزواج، واستثناء يمكن الاعتداد بمهر آخر متى تحقق الشرط المنصوص عليه في النص أعلاه.

ثانيا: الصداق غير المسمى

قد يحصل عدم الاتفاق على الصداق في عقد الزواج، ليس رغبة في إسقاطه، ولكن رغبة في تفويض كل طرف تحديد الصداق للطرف الآخر، لذلك، هناك من يسميه بصداق التفويض، وإن حصل ولم يتفق الطرفان على الصداق، وجب للمرأة صداق المثل باتفاق المذاهب الفقهية، وبصراحة المادة 1/15 ق.أ، ويقصد بصداق المثل صداق مثيلاتها من النساء من قوم أبيها، كأختها، أو من تماثلها فيما يعتد به من صفات النساء من السن، والجمال، والمال، ونحو ذلك

¹ إدريس الفخوري، قانون الأسرة المغربي، الجزء الأول: أحكام الزواج، دار نشر المعرفة، الرباط، 2016، ص. 170.

من الصفات، وإذا لم توجد من تماثلها من أسرة أبيها فيما ذكر من الصفات، اعتبر صداق المثل بصداق امرأة تماثلها من أسرة كأسرة أبيها¹.

كما تستحق الزوجة كذلك صداق المثل في حالة فسخ الزواج للأسباب المذكورة في المادة 33 ق.أ، أما في حالة فسخ الزواج طبقا للمادة 34 ق.أ، فلم ينص المشرع على قيمة الصداق المستحق، ما إذا كان الصداق المسمى، أو صداق المثل، والراجح أن يكون صداق المثل، قياسا على نص المادة 2/33.

الفرع الثاني: الصداق المعجل والصداق المؤجل

تنص المادة 15 / 1 ق.أ: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا"، فالواضح من خلال هذا النص، أن المشرع لا يشترط تعجيل المهر، بل يجيز تأجيله إلى وقت لاحق، وهو ما يتفق مع رأي الجمهور.

أولا: الصداق المعجل

الأصل أن يتم تعجيل الصداق، بحيث يدفع للزوجة كله أو بعضه بمجرد الدخول، وذلك لحاجة المرأة إليه في تجهيز نفسها، ويكون الصداق معجلا، إذا دفع للمرأة بمجرد توفر أسباب استحقاقه، وهي: الدخول، والخلوة الصحيحة، وكذا موت أحد الزوجين²، وفق ما سنراه لاحقا عند كلامنا عن استحقاق الصداق.

ثانيا: الصداق المؤجل

أجاز جمهور الفقهاء تأجيل المهر بعضه أو كله، متى اتفق طرفا العقد على ذلك، وإذا لم يحصل الاتفاق على وقت معين لدفعه، روعيت في ذلك الأعراف الجاري العمل بها، ويسقط

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 75-76.

² محمد بن معجوز المزغراني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1986، ص. 126.

هذا الأجل بالطلاق، أو الوفاة، بمعنى أن تأجيل المهر لا يكون إلا في حالة قيام العلاقة الزوجية¹.

غير أن المالكية يقيدون تأجيل المهر بشرطين هما²:

- أن يكون الأجل معلوما، وإلا فسد العقد، وفسخ قبل الدخول، ووجب بعد الدخول صداق المثل، بمعنى أنهم يقررون نفس حكم الاتفاق على نفي الصداق.
- ألا يكون الأجل المتفق عليه بعيدا.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد نص على إمكانية تأجيل الصداق في المادة 1/15 ق.أ، دون أي إشارة منه إلى هذه الشروط، مما يعني أن المشرع أخذ برأي الجمهور في المسألة، لا برأي المالكية، وذلك تطبيقا لقاعدة "الاكتفاء في معرض الحاجة للتفصيل دلالة على الحصر".

والحق، أن هذا الإطلاق، إنما هو تكريس لمبدأ سلطان الإرادة، بحيث أجاز للطرفين الاتفاق على تأجيل الصداق مراعاة للظروف المادية للزوج، والتي قد لا تسمح له بدفع الصداق حالا.

المطلب الثالث

شروط الصداق

يشترط في الصداق ثلاثة شروط أساسية، يضيف لها الأحناف شرطا رابعا³:

¹ موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي، المغني، الجزء السابع، مكتبة القاهرة، مصر، 1968، ص. 188.

² علي أبو الحسن التسولي، البهجة شرح التحفة، الجزء الأول، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص. 249.

³ علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص. 277-278.

الشرط الأول: أن يكون مما يجوز تملكه وبيعه من الأعيان والعروض وغيرها، ومنه، لا يصح الصداق بخمر، أو خنزير، مما لا يقبل التملك عند المسلم حقيقة، أو حكما.

الشرط الثاني: أن يكون معلوما، إذ لا يجوز أن يكون الصداق مجهولا، مع أن هذا الشرط غير مطلق، لأنه يجوز عدم تسمية المهر في العقد في إطار ما يسمى بنكاح التفويض.

الشرط الثالث: أن يكون خاليا من الغرر الشديد، فلا يجوز فيه بعير شارد، أو ثمار لم يبدا صلاحها، أما الغرر اليسير، فلا حرج فيه، كأن يتم الاتفاق في العقد على أن يكون الصداق خمسين غراما من الذهب، دون أن يحدد ما إذا كان من نوعية جزائرية، أو تركية، أو إيطالية.

الشرط الرابع: أضافه الأحناف، وهو أن يكون النكاح صحيحا، فلا تصح التسمية في النكاح الفاسد، ولا يلزم المسمى، لأن الفاسد ليس بنكاح، ويلزم مهر المثل بالوطة.

ومن جهته اقتصر المشرع الجزائري على شرطين، ذكر أحدهما في المادة 14، وذكر الآخر في المادة 15، أما الشرط المذكور في المادة 14، فهو أن يكون الصداق مما هو مباح شرعا، وأما الشرط المذكور في المادة 15، فهو وجوب تحديد الصداق في العقد¹.

والحقيقة، أن اقتصار المشرع على هذين الشرطين يدعو للتساؤل عما إذا كان القاضي ملزما بالعودة فيما يتعلق بالشروط الأخرى إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق الإحالة المقررة في المادة 222 ق.أ، أم أنه ملزم بتطبيق قاعدة "الاكتفاء في معرض الحاجة إلى التفصيل دلالة على الحصر"، وبالتالي يكتفي بالشرطين المذكورين أعلاه.

¹ وهو ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها التي قضت فيها بوجوب تسمية الصداق للزوجة وعدم جواز إبرام العقد على شرط إسقاط الصداق. المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-01-2001، ملف رقم 256857، م.ق، 2001، عدد 2، ص. 294. المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16-04-1984، ملف رقم 32719، م.ق، 1989، عدد 2، ص. 64.

كما لم يبين المشرع حكم الصداق الذي تتخلف فيه الشروط القانونية، ما إذا كان يأخذ حكم الصداق المتفق على إسقاطه، وبالتالي يفسخ العقد قبل الدخول، ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل طبقاً للمادة 33 ق.أ، أم لا، وتفصيل ذلك فيما يلي:

- بالنسبة للشروط الوارد في المادة 15 ق.أ، فقد قرر المشرع في الفقرة الثانية من المادة ذاتها: "... في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل"¹.

- بالنسبة للشروط المذكور في المادة 14، والمتعلق بحلية الصداق، فلم يبين المشرع الأثر القانوني المترتب على تخلفه.

المطلب الرابع

أطراف الصداق

إن تحديد أطراف الصداق، يقتضي منا الإجابة على التساؤل التالي: من يدفع الصداق

لمن؟

المتفق عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن الصداق يقدم من الزوج إلى الزوجة، بحيث يكون الزوج ملزماً تجاه زوجته بدفع الصداق، سواء كان مسمى، أم كان صداق مثيلاتها من النساء².

ويترتب على ذلك، أن الصداق ملك للزوجة تتصرف فيه كما تشاء بالبيع، أو التنازل، أو الهبة، أو غير ذلك، ما دامت تتمتع بالأهلية القانونية اللازمة، وهو ما أكدته المادة 14 ق.أ من جهة، ومن جهة أخرى، فهي من لها الحق في قبضه بنفسها، ولها أن توكل غيرها في ذلك،

¹ وهو نفس اتجاه المحكمة العليا. المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-01-2001، ملف رقم 253366، م.ق، 2002، عدد 2، ص. 440.

² وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 10-04-2002، غ.أ.ش، ملف رقم 279878، م.ق، 2003، عدد 1، ص. 378.

سواء كان من الأولياء، أم من غيرهم، كما لا يحق للزوج مطالبتها بأثاث، أو مفروشات مقابل الصداق الذي أصدقه إياها، وإن كان المالكية يذهبون إلى أن ما يدفعه الزوج لزوجته لا يعتبر كله صداقا، وإنما هو عبارة عن مبلغ تستعين به على شراء ثيابها وتجهيز بيت الزوجية، وهو ما يعبر عنه بالشوار من لباس ومتاع وفراش وأثاث¹.

غير أنه بالنسبة للاتفاق على الصداق، فإنه قد يتدخل فيه طرف ثالث وهو الولي، خاصة عند فقهاء الشريعة الإسلامية، الذين يجعلون للولي دورا في إبرام عقد الزواج، بما فيهم فقهاء المذهب الحنفي، الذي بالرغم من تقليصه لدور الولي في عقد الزواج مقارنة بالمذاهب الأخرى، إلا أنه أبقى للولي سلطة معتبرة فيما يتعلق بالصداق، وذلك بمنحه سلطة الاعتراض على الزواج إذا كان الصداق أقل من صداق المثل².

وعلى صعيد آخر، يمكن للولي بمقتضى أحكام المادة 2/11 ق.أ، أن يتدخل في أمر الصداق، طالما أنه يعتبر طرفا في عقد زواج القاصر.

وعليه، يمكن القول إن أطراف الصداق هم أنفسهم أطراف عقد الزواج، إذ على الرغم من كون الصداق حق خالص للزوجة، إلا أن الولي قد يتدخل في أمره متى كان طرفا في العقد، وفق ما هو سنيبه في الجزء الخاص بالولاية.

المطلب الخامس

مقدار الصداق

إن الكلام عن مقدار الصداق، يقتضي منا البحث فيما إذا كان له حد أقصى (الفرع الأول)، وحد أدنى (الفرع الثاني).

¹ الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2005، ص. 279.

² علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص. 364.

الفرع الأول: الحد الأقصى للصداق

اتفق فقهاء الشريعة على أن الصداق لا حد لأكثره، وذلك لعدم ورود نص في القرآن أو في السنة يشير إلى ذلك، إذ لم نجد في شريعتنا السمحاء ما يمنع من أن يصدق الزوج زوجته ما شاء من المال، بل على العكس من ذلك تماما، فكل الأدلة التي جاءت في هذا الشأن تؤكد إطلاق الحد الأعلى للصداق¹، إذ يقول المولى عز وجل: "وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا"²، ورغم تعدد التفسيرات المقدمة في معنى القنطار، إلا أن مدارها جميعا المال الكثير³.

وثبت عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أراد تحديد المهور وهو يخطب في الناس، فعارضته امرأة قائلة: "ليس ذلك إليك يا عمر"، واستدلت بالآية الكريمة أعلاه، فقال عمر: "اللهم عفوا كل الناس أقره منك يا عمر"⁴.

وبالرغم من عدم وجود ما يمنع شرعا من أن يصدق الرجل زوجته ما شاء من المال، إلا أنه يستحب عدم المبالغة والمغالاة في المهور، لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإعراض عن الزواج، وهذا ليس في مصلحة أحد، وفي هذا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة"⁵، وقوله أيضا "إن من يمن المرأة تيسير خطبتها وتيسير صداقها وتيسير رحمها"⁶، والظاهر، أن التشريعات العربية والإسلامية كلها سارت في هذا الاتجاه، ومنها التشريع الجزائري، إذ لا يوجد في قانون الأسرة ما يدل على تحديد الصداق بحد أعلى لا

¹ محمد السرخسي، المرجع السابق، ص. 10.

² سورة النساء، الآية 20.

³ إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص. 166.

⁴ محمد الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الحديث، مصر، 2002، ص. 442.

⁵ أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، باقي مسند الأنصار، حديث عائشة رضي الله عنها، الجزء السادس، حديث رقم 24008، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998، ص. 82.

⁶ أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، باقي مسند الأنصار، حديث عائشة رضي الله عنها، الجزء السادس، حديث رقم 23957، ص. 77.

يمكن تجاوزه، ولو كان المشرع يريد هذا التحديد، لنص على ذلك صراحة، وهذا الإطلاق ما هو إلا تكريس لمبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الثاني: الحد الأدنى للصدّاق

خلافًا للحد الأقصى للصدّاق، فإن الحد الأدنى كان محل خلاف فقهي، فذهب الأحناف إلى القول إن أقلّ الصّدّاق عشرة دراهم، أو ما يعادلها، مستدلين في ذلك بما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا يكون المهر أقلّ من عشرة دراهم"¹، وهي نصاب الحد في السرقة.

أما المالكية، فيذهبون إلى أن أقلّ الصّدّاق ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة أو ما يساويها²، مستدلين في ذلك بما روي عن عبد الرحمن بن عوف أنه تزوج على وزن نواة من الذهب، وهي تساوي ربع دينار، ولما أخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك، قال له: "بارك الله لك أولم ولو بشاة"³، فإن نقص الصّدّاق عن الحد الأدنى، وجب إكماله إلى أقلّ الصّدّاق ليصحّ الزواج، وإلا وجب فسخه بطلاق، ووجب لها نصف المسمى، وإن تمّ الدخول، وجب إتمامه إلى الحد الأدنى، ولا يجب لها مهر المثل.

في حين يذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بألا حد لأقلّ الصّدّاق، إذ يجوز للزوج أن يصدق زوجته مما يصلح أن يكون صدّاقًا مما قلت قيمته، واستدلوا في ذلك بالآية الكريمة: "وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ"⁴، فالإطلاق الوارد في

¹ جمال الدين الزيلعي، نصب الرأية في تخريج أحاديث الهداية، الجزء الثالث، كتاب النكاح، باب المهر، فصل تزويج النصراني نصرانية على ميتة أو على غير مهر، بدون رقم، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998، ص. 369.

² عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990، ص. 104. محمد بن أحمد بن جزي الكلبّي الغرناطي، المرجع السابق، ص. 147.

³ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الجزء الخامس، كتاب: النكاح، باب: الوليمة ولو بشاة، حديث رقم 4872، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998، ص. 1983.

⁴ سورة النساء، الآية 24.

الآية الكريمة دليل على عدم وجود حد أدنى للمهر، كما استدلوا بقول الرسول عليه الصلاة والسلام: "تزوج ولو بخاتم من حديد"¹، وهذا دليل آخر على ألا حد لأقل الصداق، وروي عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يديه طعاما كانت حلالا له"².

ومن جهتنا، نعتقد أن رأي الشافعية والحنابلة هو الأرجح، وذلك للأسباب التالية:

- اتفاق مذهبين على الرأي نفسه.

- لو كان للصداق حد أدنى، لبينه النبي صلى الله عليه وسلم في أحاديثه التي جاءت بشأن الصداق، إذ كلها جاءت مطلقة غير محددة لحد أعلى ولا لحد أدنى.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد خالف رأي المالكية والأحناف، وأخذ برأي الشافعية والحنابلة في المسألة، وهو ما يفهم من الإطلاق الوارد في المادة 14 ق.أ، والتي اكتفت بشرطين هما: أن يكون الصداق من النقود أو غيرها، وأن يكون مما هو مباح شرعا، فلم نجد أي إشارة إلى وجود حد أقصى، أو حد أدنى للصداق، وهو نفس اتجاه المشرع المغربي، إذ جاء في المادة 28 من المدونة: "كل ما صلح التزامه شرعا، صلح أن يكون صداقا، والمطلوب شرعا هو تخفيف الصداق"، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الأردني الذي لم يحدد أقل المهر، إذ جاء في نص المادة 44 من قانون الأحوال الشخصية: "المهر مهرا ن مهر مسمى: وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد، قليلا كان أو كثيرا...".

¹ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الجزء الخامس، كتاب: النكاح، باب: المهر بالعروض وخاتم من حديد، حديث رقم 4855، ص. 1978.

² أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، باقي مسند المكثرين، مسند جابر بن عبد الله رضي الله عنه، الجزء الثالث، حديث رقم 14410، ص. 355.

المطلب السادس

موجبات الصداق ومسقطاته

تستحق الزوجة الصداق بتوفر جملة من الأسباب، منها ما يوجب لها الصداق كاملا، ومنها ما يوجب لها نصف الصداق، وقد تتوفر بعض الأسباب، التي تؤدي إلى سقوطه بالكامل.

الفرع الأول: استحقاق الصداق كاملا

تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول الحقيقي، والدخول الحكمي (الخلوة الصحيحة)، والوفاء.

أولا: الدخول الحقيقي

يقصد بالدخول الحقيقي الاتصال الجنسي بين الزوجين، إذ بمجرد أن يجامع الرجل زوجته تستحق صداقها كاملا استنادا لقوله تعالى: **«فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً»**¹، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 16 ق.أ، ويستوي في ذلك أن يكون الدخول قبل الزفاف، أم بعده، كما يستوي أن يكون الزواج صحيحا، أم فاسدا²، سواء مما يفسخ قبل الدخول فقط (المادة 33 ق.أ)، أم مما يفسخ قبل الدخول وبعده (المادة 34 ق.أ)، ويستوي كذلك أن يكون الصداق مسمى، أم غير مسمى، ففي الحالة الأولى، تستحق الزوجة المسمى من الصداق، وفي الحالة الثانية، تستحق صداق المثل.

ويستثنى من هذه الحالة الصداق المؤجل، إذ لو حصل اتفاق بين الطرفين على تأجيل الصداق إلى ما بعد الدخول، فلا يحق للزوجة المطالبة بصداقها قبل حلول الأجل، وذلك تطبيقا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين".

¹ سورة النساء، الآية 24.

² محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص. 278.

وقد تعددت اجتهادات المحكمة العليا في هذه المسألة، ومنها القرار المؤرخ في 9 ماي 1988، ملف رقم 49283، الذي نقضت من خلاله القرار، الذي قضى بالطلاق واستحقاق الزوجة الصداق كاملاً، لما كان ثابتاً أن الزوج لم يدخل بزوجته بعد انتقالها إلى داره، لكونه اعتقل ليلة الدخول، مما يتعذر عليه إتمام الخلوة الحقيقية¹.

ومنه، نستنتج أن الدخول الحقيقي شرط لاستحقاق الزوجة كامل الصداق.

والإشكال الذي يثور في هذا الشأن هو ما إذا كان يمكن لطرفي العقد الدفع بعدم التنفيذ في هذه المسألة أم لا، وبعبارة أخرى: هل يمكن للزوج أن يمتنع عن دفع الصداق كاملاً لزوجته إلى حين استجابتها للدخول، وهل يمكن في مقابل ذلك للزوجة الامتناع عن الدخول إلى غاية استيفاء صداقها كاملاً غير منقوص؟

الإجابة على هذا التساؤل تقتضي منا إثارة تساؤل آخر وهو: إذا كانت الزوجة تستحق الصداق كاملاً بالدخول، فما هو المقصود بالدخول: هل يقصد به المجيء بالزوجة من بيت أهلها إلى بيت زوجها، أم يقصد به البناء أو المعاشرة الجنسية؟

أجابت على هذا التساؤل المحكمة العليا في القرار المشار إليه أعلاه²، أين أعطت للدخول مفهوم المعاشرة الجنسية، لا مفهوم المجيء إلى بيت الزوجية.

غير أن ذلك غير كاف للإجابة على هذا التساؤل، مما يستدعي معه تحديد من يلزم بتنفيذ التزامه أولاً، هل الزوجة أم الزوج، بمعنى هل يلزم الزوج بدفع الصداق أولاً، أم تلزم الزوجة بالاستجابة للدخول أولاً، وذلك حتى لا يتذرع كل من الطرفين بعدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 09-05-1988، ملف رقم 49283، م.ق، 1992، عدد 2، ص. 44.

² المحكمة العليا، القرار نفسه.

والحق أن هذه المسألة في غاية الأهمية، وتترتب عليها آثار قانونية وشرعية مهمة، لأنه لو كانت الزوجة ملزمة بالاستجابة للدخول حتى تستحق صداقها كاملاً، فإن امتناعها عن الدخول أو المعاشرة الجنسية، يعد منعا للزوج في استيفاء حقه الشرعي منها، والعكس بالعكس.

رغم أن المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه المسألة، إلا أن التشريعات المقارنة لم تهمل النص عليها، ف جاء في الفصل 13 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "ليس للزوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر، ويعتبر المهر بعد البناء ديناً في الذمة لا يتسنى للمرأة إلا المطالبة به، ولا يترتب عن تعذر الوفاء به الطلاق".

ونصت المادة 1/53 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه يحق للزوجة الامتناع عن الدخول، حتى يدفع لها حال مهرها.

أما قانون الأحوال الشخصية الكويتي، فقد خالف القاعدة، وذلك بالنص في المادة 52 على أنه: "يجب المهر للزوجة بمجرد العقد الصحيح"، والإطلاق الوارد في المادة يوحي بأن المقصود بالمهر كامل المهر، لا نصف المهر.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه باستقراء المادة 16 التي نصت: "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، نستنتج أنه يعطي الأسبقية للدخول على دفع الصداق، فكما أن الزوجة لا تستحق الصداق، إلا إذا وقعت الوفاة، ونصف الصداق، إلا بالطلاق فعلاً، فنعتقد أنها لا تستحق الصداق كاملاً، إلا بتحقق واقعة الدخول فعلاً، وإن كان المشرع يقصد غير ذلك، فنرى أنه من الضروري تعديل صياغة هذا الشرط من المادة¹.

¹ لمزيد من التفاصيل والآراء حول هذه المسألة، يراجع. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 218.

ثانياً: الخلوة الصحيحة

يقصد بالخلوة الصحيحة اجتماع الزوجين، منفردين، بعد العقد الصحيح، في مكان واحد، يأمان فيه من دخول الغير عليهما، دون وجود مانع حسي أو شرعي أو طبيعي يمنع من مقاربة الزوج لها¹.

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كانت الخلوة الصحيحة تأخذ حكم الدخول الحقيقي من حيث استحقاق الصداق كاملاً، أم لا.

ذهب الأحناف والحنابلة إلى القول باستحقاق الزوجة كامل صداقها بمجرد الخلوة، حتى وإن لم يحصل الإيلاج، إذ تكفي الملامسات لقيام الخلوة الصحيحة²، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: " وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا"³.

أما المالكية والشافعية، فقد اشترطوا في الخلوة أن يصاحبها دخول حقيقي بالزوجة، أي معاشرة جنسية، ويذهب المالكية إلى أن إقامة الزوجة في بيت زوجها سنة كاملة مع انتفاء المانع الحسي، وكان الزوج بالغاً، والزوجة مطيقة للوطء، واستمتع بها، ولو لم يحصل دخول حقيقي، توجب للمرأة الصداق كاملاً⁴، وقال الشافعية إنه إذا اتفقا على ألا مسيس، فإنها لا تستحق إلا نصف المهر⁵، ومتى حصلت الخلوة وادعت الزوجة المسيس، فالقول قولها مع يمينها، وإن امتنعت عن الحلف، حلف الزوج لرد دعواها، ولزمه نصف الصداق، وإن امتنع هو عن اليمين، لزمه الصداق، لأن الخلوة بمنزلة شاهد، ونكوله عن حلف اليمين بمنزلة شاهد

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 219.

² علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص. 291.

³ سورة النساء، الآية 21.

⁴ محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص. 10.

⁵ أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، الطبعة الأولى، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، 1997، ص.

آخر¹. وهو ما أكدته المحكمة العليا، حين قضت بأن تقدير الحجج خاضع لسلطة قضاة المجلس، غير أن إهمالهم لتطبيق هذه القاعدة، وسكوتهم عنها هو مخالفة للقواعد الشرعية (المادة 16 و 222 ق.أ)، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه، ذلك أنه من المقرر شرعا أن إثبات، أو نفي ادعاء الزوج عدم المساس، وادعاء الزوجة المسيس يوم الدخول بها، فالقول قولها بيمينها، وإن حلفت استحقت كامل صداقها².

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فلم يشر إلى الخلوة الصحيحة كسبب لاستحقاق كامل الصداق، إذ اكتفى في المادة 16 ق.أ بالنص على الدخول والوفاء، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كان هذا الأمر مقصودا من المشرع، أم لا؟ وهل هو اكتفاء من المشرع تطبيقا لقاعدة "الاكتفاء في معرض الحاجة للتفصيل دلالة على الحصر"، أم أنه إحالة على أحكام الشريعة الإسلامية (المادة 222)، التي تأخذ بالخلوة -كقاعدة- كسبب لاستحقاق الصداق كاملا.

وخلافا لذلك، أخذ قضاء المحكمة العليا بالخلوة الصحيحة، وذلك في القرار الصادر بتاريخ 18-06-1991، ملف رقم 74375: "من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا تم إبرام عقد زواج صحيح، وتأكدت الخلوة بين الزوجين، أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة، وكامل صداقها، ولو لم يقع احتفال بالدخول"³.

والإتجاه نفسه سلكه القضاء المغربي والقضاء التونسي، حيث قرر المجلس الأعلى المغربي، بأن مرافقة الزوجة في السفر، والتنقل بها، يعتبر شاهدا عرفيا لإثبات الخلوة، والقول قولها في ادعاء المسيس بيمينها، وتستحق المطلقة بعد الخلوة الصحيحة كامل الصداق، والمتعة، دون أداء اليمين⁴، في حين قررت محكمة التعقيب التونسية، بأن الخلوة بين الزوجين

¹ مالك بن أنس، الموطأ، الجزء الثاني، مكتبة البشري، المدينة المنورة، 2011، ص. 528.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 12-10-1989، ملف رقم 55116، م.ق، 1991، عدد 1، ص. 34.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18-06-1991، ملف رقم 74375.

⁴ المجلس الأعلى المغربي، 26-05-1977، رقم 56358، م.ق.م.أ، عدد 29، ص. 139.

تؤكد الدخول، وعلى من يدعي خلاف ذلك إثباته، ومعنى الخلوة أن يجتمع الزوجان في مكان يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما¹.

ويثار التساؤل عما إذا كان يعتد بالخلوة الصحيحة في الزواج الفاسد كسبب لاستحقاق كامل الصداق، أم لا، طالما أن الخلوة تحل محل الدخول الحقيقي، على الأقل بالنسبة للأحناف والحنابلة، وطالما أن الدخول في هذه الحالة يؤدي إلى استحقاق الصداق كاملاً، بغض النظر عما إذا كان مما يفسخ قبل الدخول، أو قبل الدخول وبعده.

ثالثاً: الوفاة

إذا مات أحد الزوجين، استحققت الزوجة كامل صداقها، سواء كان العقد صحيحاً، أم فاسداً، ولو لم يتم الدخول أو الخلوة، لأنه إذا تم الدخول، فإن الزوجة تستحق الصداق بالدخول، لا بالوفاة، وكل ما في الأمر، أنه إذا كان الصداق مؤجلاً، حل أجل الوفاء بوفاة أحد الزوجين، فإذا مات الزوج، أخذت الزوجة الصداق كله، وكذلك إذا ماتت الزوجة، أخذ ورثتها كامل الصداق، بما فيهم الزوج في حد ذاته، لأنه يدخل ضمن الورثة². ويعتبر الصداق من الديون الواجب تسديدها قبل قسمة التركة³.

وقد اختلف الفقهاء في حالة ما إذا توفي الزوج قبل الدخول وقبل تسمية الصداق، فذهب الأحناف إلى القول باستحقاق الزوجة صداق المثل كاملاً⁴، بينما ذهب المالكية إلى القول بعدم استحقاقها لأي صداق، واكتفوا في ذلك بالمتعة⁵.

¹ تعقيب مدني تونسي، 22-05-2003، رقم 23997، ن.م.ت، 2003، ج 3، ص. 422.

² إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص. 173.

³ العربي بلحاج، أحكام الموارث، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، فقرة 95 وما بعدها.

⁴ علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص. 294.

⁵ محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص. 301.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد نص في المادة 16 ق.أ، على الوفاة كسبب لاستحقاق الزوجة كامل الصداق، غير أنه استعمل عبارة "وفاة الزوج"، وهو ما يثير التساؤل عما إذا كان المشرع يقصد بكلمة "الزوج" الرجل فقط، أو الرجل والمرأة على حد سواء، وكلا الفرضين له ما يبرره في هذا النص:

الفرض الأول: المشرع قصد بالزوج الرجل فقط: ما يؤيد صحة هذا الفرض أمران:

- استعمل المشرع في بداية النص عبارة "الزوجة"، في حين استعمل عند تعرضه للوفاة كسبب لاستحقاق كامل الصداق عبارة "الزوج"، مما يدل على أنه لم يقصد الزوجة بهذا الحكم، وإنما قصد الزوج فقط: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج...".

- لو كان المشرع يقصد بهذا الحكم الزوجة، لاستعمل عبارة "وفاة أحد الزوجين"، وهي عبارة سهلة في متناول الجميع، واكتفاؤه بعبارة "الزوج"، فيه دلالة على أن وفاة الزوجة لا يعتبر سببا لاستحقاق ورثتها كامل صداقها، وذلك تطبيقا للقاعدة: "الاكتفاء في معرض الحاجة إلى التفصيل دلالة على الحصر".

الفرض الثاني: المشرع قصد بعبارة الزوج الرجل والمرأة على حد سواء، وهذا الطرح لديه ما يبرره أيضا:

- عبارة الزوج في اللغة العربية تنطبق على الزوج والزوجة على حد سواء¹.

- بالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية، نجد المشرع استعمل عبارة conjoint ، وهي عبارة تنطبق على الزوج والزوجة دون تمييز، لأن المقصود منها الطرف الآخر في العلاقة الزوجية²، بغض النظر عما إذا كان الرجل، أو المرأة، وربما ما يؤكد هذا الاتجاه، هو أن المشرع استعمل في الشطر الثاني من ذات المادة عبارة « épouse » بمعنى الزوجة، ولو كان يقصد الاكتفاء

¹ جبران مسعود، رائد الطلاب المصور: عربي-عربي، الطبعة الأولى، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 2007، ص. 442.

² Larousse, dictionnaire de français, 2^{ème} édition, Maury-Eurolivres à Manchecourt, 2002, p. 86.

بوفاة الزوج كسبب لاستحقاق الزوجة كامل صداقها، لاستعمل عبارة « le décès de l'époux. »

والراجع في اعتقادنا، أن المشرع، إنما قصد بعبارة "الزوج" الرجل فقط، دون المرأة، خاصة وأن النص الأولي بأن يؤخذ بعين الاعتبار هو النص باللغة العربية، وأن مبررات هذا التوجه، تبدو أقوى من مبررات التوجه الثاني، مع أن المسألة تبقى في حاجة إلى تدخل المشرع لحسم هذا الجدل.

ولعل ما يؤكد هذا الاختيار هو ما أشارت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها من أنه بوفاة الزوج قبل الدخول، دون أن يحكم بفسخ العقد، أو بالطلاق، تستحق الزوجة الصداق كاملا بالموت، طبقا لنص المادة 16 ق.أ، ومن ثم، فإن قضاة المجلس برفضهم طلب أب الزوج باسترجاع نصف الصداق بوفاة ابنه قبل الدخول، طبقوا المبادئ الفقهية تطبيقا سليما¹.

فالواضح من خلال هذا الاجتهاد، أن المحكمة العليا اقتضت على ذكر وفاة الزوج، دون أن تشير إلى وفاة الزوجة، مؤسسة قرارها على نص المادة 16 ق.أ، وهو ما يدل على أن المحكمة العليا هي الأخرى تؤيد المشرع الجزائري في اختياره في المسألة.

ويبقى الإشكال مثارا حول حالة قتل الزوجة لزوجها قتلا مانعا من الإرث، ما إذا كان يؤثر على استحقاقها الصداق، أم لا؟

لم يشر المشرع الجزائري إلى هذه المسألة، وإنما أشار إليها القانون الكويتي في المادة 62 منه: "إذا قتلت الزوجة زوجها قتلا مانعا من الإرث قبل الدخول، استرد منها ما قبضته من

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 09-03-1987، ملف رقم 45301، م.ق، 1992، عدد 3، ص. 66.

المهر، وسقط ما بقي منه، وإذا كان القتل بعد الدخول، فلا تستحق شيئاً من الباقي"، وهذا الحكم مستمد من رأي المالكية والشافعية وزفر من الأحناف¹.

الفرع الثاني: استحقاق نصف الصداق

تستحق الزوجة نصف الصداق إذا طلقت قبل الدخول الحقيقي، أو الخلوة الصحيحة، فمتى وقع الطلاق قبل الدخول الحقيقي، أو الحكمي، وكان المهر قد سمي في العقد، استحققت المطلقة نصف الصداق المسمى، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: "وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ"².

وفي مقابل ذلك، إذا كانت الزوجة قد قبضت كامل صداقها قبل الطلاق، ولم يحصل الدخول الحقيقي، أو الحكمي، جاز له الرجوع عليها بما زاد عن النصف، وإن كانت وهبت له نصف صداقها، أو أزيد، لم يحق له الرجوع عليها، حتى وإن كان قد دفع لها كامل الصداق، وإذا تصرفت الزوجة في الصداق كله، كما إذا اشترت فراشاً، أو أثاثاً، ثم طلقت قبل الدخول، وطالبها الزوج بنصف الصداق، فلها أن تدفعه له من ذلك الأثاث، أو الفراش، مع أن المطلوب شرعاً هو العفو والمسامحة³، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: "إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ"⁴.

ومن هنا، نستنتج أنه لكي تستحق المطلقة نصف الصداق، لا بد من توافر أربعة شروط

وهي⁵:

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 80.

² سورة البقرة، الآية 237.

³ إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص. ص. 174-175.

⁴ سورة البقرة، الآية 237.

⁵ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 226.

- أن يكون عقد الزواج صحيحا، فمتى كان فاسدا، لم تستحق به الزوجة نصف الصداق إن فسخ قبل الدخول.

- أن يتم الطلاق قبل الدخول، أو الخلوة، لأنه متى وقع الدخول، أو الخلوة الصحيحة، استحققت الزوجة كامل صداقها، حتى وإن طلقها بعد ذلك.

- أن يكون الصداق مسمى في العقد تسمية صحيحة، فإن لم يكن سمي في العقد، لم تستحق المطلقة صداق المثل، بل تستحق المتعة، وذلك مصداقا لقوله تعالى: "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"¹.

- أن يكون الطلاق قد وقع من الزوج، وباختيار منه، ويترتب على ذلك أن المطلقة لا تستحق شيئا من الصداق، إذا كانت الفرقة بطلب منها، أو امتنعت عن إتمام مراسيم الدخول، كما لا تستحق شيئا من الصداق، إذا كان الزوج غير مخير في طلاقها، بمعنى أن يكون طلاقه مبررا غير تعسفي، كأن يكون بسبب عيب في الزوجة، فهنا، لا تستحق كذلك من الصداق شيئا، وفي هذا يقول فقيه المذهب المالكي ابن جزري: "إنما يجب لها نصف الصداق إن طلقها قبل البناء اختيارا منه، فإن فسخ النكاح أو رده الزوج بعيب في الزوجة لم يجب لها شيء..."²، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 13-07-1993: "... وأن دفع الطاعنة بأحقيتها في نصف الصداق، إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج، مما يتعين معه القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم"³.

وللإشارة، فإن الهدايا التي يقدمها الزوج لزوجته بعد العقد، لا تدخل ضمن الصداق، وبالتالي، لا تخضع لقاعدة التنصيف، تماما مثلما لا يخضع لهذه القاعدة ما زيد عن الصداق

¹ سورة البقرة، الآية 236.

² محمد بن أحمد بن جزري الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص. 50.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13-07-1993، ملف رقم 92714، م.ق، 1995، عدد 1، ص. 128.

بعد إبرام العقد، وهذا قول الأحناف، بينما ذهب المالكية والشافعية إلى القول باحتساب هذه الزيادة في التنصيف¹، لأنها تدخل في قوله تعالى: "فَنَصِفُ مَا فَرَضْتُمْ"².

ومن جهته، أقر المشرع الجزائري في المادة 16 ق.أ، بأحقية المطلقة قبل الدخول في نصف الصداق: "... وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، غير أنه ترك الحبل على الغارب، ولم يبين المقصود بالطلاق؛ ما إذا كان الطلاق بالمفهوم الضيق، أي من جانب الزوج، أو الطلاق بالمعنى الواسع، أي الفرقة³، تماما مثلما لم يشترط تسمية الصداق في العقد لاستحقاق الزوجة المطلقة قبل الدخول نصف الصداق، وهو ما يدفع إلى التساؤل عما إذا كان هذا الإطلاق مقصودا من المشرع، أم أنه غير كذلك، وعما إذا كان من الواجب على القاضي الاحتكام إلى الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، أو تطبيق قاعدة "الاكتفاء في معرض الحاجة إلى التفصيل دلالة على الحصر"، وذلك، إلى غاية تدخل المشرع لتوضيح المسألة، وإعادة صياغة النص صياغة دقيقة.

الفرع الثالث: حالات سقوط كل الصداق

إذا كانت هناك حالات تستحق فيها الزوجة كامل الصداق، وحالات تستحق فيها نصف الصداق، فإن هناك حالات لا تستحق فيها شيئا من الصداق، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

- فسخ الزواج قبل الدخول، سواء كان الفسخ لأسباب الواردة في المادة 33 ق.أ، أم المادة 34 منه، وللإشارة، فإن الزواج الفاسد لا تستحق به الزوجة المهر، حتى وإن لم يتم فسخه قبل الدخول، لأن المهر أصلا لا يتأكد إلا بالدخول⁴.

¹ محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الكتب العلمية، لبنان، ص. 82.

² سورة البقرة، الآية 237.

³ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. ص. 171-172.

⁴ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 226.

- الطلاق قبل الدخول دون تسمية صداق في العقد¹، مع أن المشرع الجزائري لم يفصل في هذه المسألة، كما أشرنا إلى ذلك أعلاه.

- إذا وقع الطلاق قبل الدخول، وكان بطلب من الزوجة، أو كان من الزوج، ولكنه مبرر، ودليل ذلك ما رواه مالك، والدارقطني، والبيهقي عن الشعبي عن علي رضي الله عنه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار ما لم يمسه إن شاء أمسك وإن شاء طلق وإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها"²، وهذه الحالة هي الأخرى غير مؤكدة حسب المادة 16 ق.أ، التي جاءت بنوع من العموم والإطلاق.

- قتل الزوجة لزوجها عمدا وعدوانا قبل الدخول، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة³، أما الأحناف، فالقتل عندهم لا يسقط الصداق، لأنه واجب بالعقد، والموت من الأسباب المؤكدة له⁴.

وفي كل ما سبق، نخلص إلى أن الأحكام الخاصة باستحقاق الصداق يغلب عليها الطابع النظامي غير التعاقدية، فهي أحكام تدخل ضمن النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفة النظام العام، ومن ثم، فإن مبدأ سلطان الإرادة يكاد ينعدم في هذه المسألة مقارنة بمسائل أخرى.

¹ محمد الأمير، الإكليل شرح مختصر خليل، الجزء الأول، مكتبة القاهرة، مصر، ص. 123.

² سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، الجزء الأول، كتاب: النكاح، باب: من يتزوج امرأة مجنونة أو مجنونة، حديث رقم 790، دار السلفية، الهند، 1982، ص. 223.

³ محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص. 278.

⁴ علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص. 294.

المطلب السابع التنازع في الصداق

يتميز الفقه الإسلامي بين ثلاث حالات للتنازع في الصداق وهي: الاختلاف في تسمية الصداق، والاختلاف في مقدار الصداق المسمى، والاختلاف في قبض الصداق المعجل، وبغض النظر عن الخلاف الواسع بين المذاهب الفقهية في هذه المسألة، بل وحتى داخل نفس المذهب¹، نجد المشرع الجزائري قد تناول هذه المسألة، وبنوع من التبسيط في المادة 17 ق.أ، وذلك بالتمييز بين حالتين هما: النزاع قبل الدخول، والنزاع بعد الدخول، دون أن يميز المشرع بين موضوع النزاع؛ ما إذا كان في تسمية الصداق، أو قيمته، أو قبضه، فجعل كل صور النزاع في صف واحد، واكتفى بالتمييز بين حالة الدخول، وحالة عدم الدخول، إذ جاء في نص المادة 17: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين، أو ورثتهما، وليس لأحدهما بينة، فالقول قول الزوجة، أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء، فالقول للزوج، أو ورثته مع اليمين".

وما يلاحظ على هذا النص، أنه سوى بين الزوجة وورثتها في الحكم الوارد فيه، تماما مثلما سوى بين الزوج وورثته، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، اشترط لتطبيق الحكم الذي تضمنه، وهو اليمين ألا تكون هناك بينة للمدعي، فمتى كانت للمدعي بينة، كانت البينة أولى أن تؤخذ بعين الاعتبار من اليمين²، وهذا اتجاه نراه سديدا، على الأقل من وجهة نظرنا الشخصية.

¹ محمد بن أحمد بن جزي الكلبى الغرناطى، المرجع السابق، ص. 204. محمد بن رشد، المرجع السابق، ص. ص. 29-31.

² Djilali Tchouar, le régime juridique de la dot en droit Algerien, revue Algerienne, université d'Alger, 1996, n°: 4, p. 588 et s. Ali Bencheneb, la formation du lien matrimonial, D.E.S, université d'Alger, 1973, p. 173 et s.

المبحث الثاني

انعدام الموانع الشرعية

يقصد بالموانع الشرعية تلك الأوضاع، التي تجعل من عقد الزواج باطلا بطلانا مطلقا، بغض النظر عما إذا تعلقت بالمرأة وحدها، أو بالرجل وحده، أو بهما معا، وهي إما أن تكون موانع مؤبدة (المطلب الأول)، أو موانع مؤقتة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الموانع المؤبدة

يقصد بالموانع المؤبدة، تلك التي لا تقبل الزوال أبدا، والمحصورة في المادة 24 ق.أ، وهي: مانع القرابة (الفرع الأول)، ومانع المصاهرة (الفرع الثاني)، ومانع الرضاع (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مانع القرابة

يتمثل الأساس الشرعي لهذه الموانع في الآية 23 من سورة النساء¹، والتي أعيد ذكر مضمونها في المادة 25 ق.أ، وتتمثل المحرمات من النساء وفق هذين النصين في: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت. وعليه يمكن تصنيف هذه المحرمات كآتي²:

- الأصول وإن علون: وتدخل في هذا الصنف: الأم، والجدة لأب، والجدة لأم، لذلك استعمل المشرع في المادة 25 عبارة "الأمهات".

- الفروع وإن نزلن: وتدخل في هذا الصنف: البنت، وبنات البنت، وبنات الابن، وإن نزلن.

¹ قال تعالى: " حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ ".

² وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 130.

- فروع الأبوين وإن نزلن: وتدخل في هذا الصنف: الأخوات الشقيقات، والأخوات لأب، والأخوات لأم، وبناتهن، وإن نزلن.

- الطبقة الأولى من فروع الأجداد والجدات: وتدخل فيها العمات، والخالات، سواء كن شقيقات، أم لأب، أم لأم.

وبغض النظر عن الحكمة من هذا التحريم، فإنه يعتبر قيذا واردا على إرادة الطرفين في إبرام عقد الزواج، إذ لا يمكن الإقدام على إبرامه مع قيام هذه الموانع، وإن حصل ذلك، وقع الزواج باطلا¹.

الفرع الثاني: مانع المصاهرة

بمقتضى هذا المانع، يحرم الزواج بأربعة أصناف من النساء، كما ذكرت في المادة 26

ق.أ:

- الصنف الأول: أصول الزوجة وإن علون: وتدخل في هذا الصنف: أم الزوجة وجدتها، وإن علون، استنادا إلى الآية الكريمة: "وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ"²، ويحرم هذا الصنف بمجرد العقد على الزوجة، أي دون حاجة إلى الدخول، عملا بقاعدة: "العقد على البنات يحرم الأمهات، والدخول بالأمهات يحرم البنات"³.

¹ مع أن المشرع رتب على وجود مانع من الموانع الشرعية فسخ الزواج قبل الدخول وبعده، رغم أن الفرق واضح وجلي بين البطلان والفسخ، إذ كان عليه أن يقرر بطلان العقد مع وجوب التفريق في حالة وقوع دخول.

² سورة النساء، الآية 23.

³ محمد أمين بن عابدين، رد المحتار، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992، ص. 220.

- الصنف الثاني: فروع الزوجة وإن نزلن: وتدخل في هذا الصنف: بنت الزوجة، وبنت بنتها، وإن نزلن، وذلك مصداقا لقوله تعالى: "وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ"¹.

يستفاد من هذه الآية، أنه حتى تحرم البنت، لا يكفي العقد على الأم، بل لا بد من الدخول بها، بمعنى أنه قد يحصل أن يتم العقد على الأم، ثم تطلق، أو تتوفى قبل الدخول، فيجوز في هذه الحالة الزواج من ابنتها، وذلك تطبيقا لقاعدة: "العقد على البنات يحرم الأمهات، والدخول بالأمهات يحرم البنات"².

وتجدر الإشارة في هذا المقام، أن عبارة "في حجوركم" الواردة في الآية الكريمة، قد خرجت مخرج الغالب، إذ لا يشترط أن تنتقل الربيبة مع أمها، حتى تحرم على زوجها، على مذهب الجمهور، خلافا لما ذهب إليه الظاهرية³.

- الصنف الثالث: أرامل ومطلقات أصول الزوج وإن علون: ويدخل في حكمهن: زوجة الأب، وزوجة الجد، وغير ذلك، لقوله تعالى: "وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا"⁴.

- الصنف الرابع: أرامل ومطلقات فروع الزوج وإن نزلن: يدخل في هذا الصنف: زوجة الابن، وزوجة ابن الابن، وإن نزلن، استنادا لقوله تعالى: "وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ"⁵. ويلاحظ على هذه الآية ما يلي:

¹ سورة النساء، الآية 23.

² محمد أمين بن عابدين، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص. 220.

³ يوسف قاسم، المرجع السابق، ص. 135.

⁴ سورة النساء، الآية، 22.

⁵ سورة النساء، الآية 23.

- وردت في الآية عبارة "وحلائل أبنائكم"، وهو ما يقودنا إلى التساؤل عما إذا كانت تثبت حرمة المصاهرة بالزنا، أم لا؟

في هذا الشأن، اتفق الفقهاء على أن الزواج الفاسد تثبت به حرمة المصاهرة متى حصل الدخول، وكذلك بالنسبة للمدخول بها بشبهة، أي التي زفت إلى غير زوجها وهو لا يعلم¹، أما فيما يتعلق بالزنا، فاختلقت فيه المذاهب الفقهية، فقال الأحناف والحنابلة بأن الزنا كالزواج تثبت به حرمة المصاهرة، فمن زنا بالمرأة حرمت عليه أمها وابنتها، ويحرم عليها أصول الزاني وفروعه²، مستدلين في ذلك بالآية الكريمة: "وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ"³، وذهب الشافعية عكس مذهب الأحناف والحنابلة، حيث قالوا بعدم حرمة المصاهرة بالزنا، ودليلهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحرم الحرام الحلال، إنما يحرم ما كان من نكاح"، وماء الزنا لا وجه له، ولا حرمة له⁴.

وجاء عند المالكية في الموطأ عن الإمام مالك أنه قال بعدم الحرمة، أي مثل قول الشافعية، وروى عنه ابن القاسم المالكي مثل قول الأحناف والحنابلة⁵، وسبب الخلاف في المسألة عبارة النكاح: هل يقصد بها النكاح بالمفهوم الشرعي، أو النكاح بالمفهوم اللغوي، فمن قال بالمفهوم الأول، قال بعدم الحرمة، ومن قال بالمفهوم الثاني، قال بثبوت الحرمة. ولأن المشرع سكت عن المسألة، فإن ذلك يحيل القاضي على المادة 222 ق.أ، التي تحيل إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ويكون أمامه الخيار في الأخذ بهذا الرأي أو ذاك،

¹ محمد بن رشد، المرجع السابق، ص. 25.

² علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص. 257.

³ سورة النساء، الآية 22.

⁴ محمد بن رشد، المرجع السابق، ص. 26.

⁵ مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء الرابع، دار صادر، بيروت، لبنان، ص. 278.

وفق ما يتماشى مع ظروف النازلة المعروضة أمامه، وإن كان الراجح في اعتقادنا، أن رأي المذهب الشافعي أقرب إلى الصواب، وذلك للأسباب التالية:

- عبارة النكاح في الآية السابقة واضحة الدلالة، ولا تحتاج إلى تأويلات، لأن النكاح يقصد به الزواج، والزواج مفهوم شرعي مختلف تماما عن الزنا، فلم يحصل يوما أن اعتبرت الشريعة الإسلامية الزواج زنا، أو الزنا زواجا، لا من حيث المفهوم، ولا من حيث الحكم، وبالتالي، فإن هذا التأويل من طرف الفقهاء فيه نوع من التكلف غير المؤسس، على الأقل من وجهة نظر الباحث.

- الأصل والقاعدة أن ثبوت الحرمة يكون بالعقد، لا بالدخول، ما عدا في حالة واحدة وهي أن "الدخول بالأمهات يحرم البنات"، والزنا مجرد واقعة مادية، لا تستند إلى أي عقد، فالعبرة في الحرمة بالعقد، والزنا ليس بعقد.

- أكدت الآية الكريمة عبارة "وحلائل"، بمعنى أن تكون المرأة حلالا للرجل، ولن تكون كذلك إلا بعقد زواج مستند إلى القواعد الشرعية، ومنه، فالزانية لا تأخذ مفهوم أو حكم الحلائل، لأنها ليست حلالا للرجل (الزاني).

- وردت في الآية عبارة "من أصلابكم" كدليل على عدم حرمة زوجة المتبني، أو المكفول على من تبناه، أو كفه¹، لأن الآية قيدت التحريم بشرط أساسي، وهو أن يكون الابن من صلبه، أي ابنه الحقيقي، وهذا تأكيد لتحريم التبني في الشريعة الإسلامية.

¹ دون الرضيع، لأنه لا فرق بين أن يكون الابن من النسب أو من الرضاع، فزوجة الابن أو ابن البنت من الرضاع تحرم على أبيه وجده تحريما مؤبدا كما تحرم زوجة الابن من النسب. وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 132.

الفرع الثالث: مانع الرضاع

يتمثل الأساس الشرعي لهذا المانع في قوله تعالى: "... وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ"¹، وقوله صلى الله عليه وسلم: "يحرّم من الرضاع ما يحرم من النسب"².

أما الأساس القانوني، فيتمثل في نصوص المواد 27، و28، و29 ق.أ، التي جاءت مطابقة لنص الحديث تماما.

وتسري أحكام الرضاع على من رضع فقط، دون إخوته، وذلك استنادا لأحكام المادة 28 ق.أ، أما فروعه فيسري عليهم التحريم.

والحاصل، أن موضوع الرضاع يقتضي منا دراسة مسألتين هما: نطاق التحريم (أولاً)، وشروط التحريم (ثانياً).

أولاً: نطاق التحريم

إذا كان هناك اتفاق بين الفقهاء على أن يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمصاهرة، فهل يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة، أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين، فذهب جمهور الفقهاء إلى القول إنه يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة، لأنه لما كان التحريم بالمصاهرة منشأ القرابة، فيحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة، وأما المالكية والحنابلة، فذهبوا إلى القول إنه لا يحرم من

¹ سورة النساء، الآية 23.

² مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، الجزء الثاني، كتاب: الرضاع، باب: تحريم الرضاعة من ماء الفحل، حديث رقم 1445، ص. 1070.

الرضاع إلا ما حرم من النسب¹، وهو القول الذي أخذ به المشرع الجزائري بصراحة المادة 27 ق.أ.

وبذلك، تكون المحرمات حسب هذا الاتجاه²:

- الأم: الأم المرضعة؛
- البنت: رضیعة الزوجة؛
- الأخت: بنت المرضعة؛
- العمة: أخت زوج المرضعة؛
- الخالة: أخت المرضعة؛
- بنت الأخ: بنت ابن المرضعة؛
- بنت الأخت: بنت بنت المرضعة.

أما في رأي الجمهور فيضاف إليهن³:

- زوجة الأب من الرضاع: زوجة زوج المرضعة على المرضع؛
- زوجة الابن من الرضاع: زوجة الرضيع على زوج المرضع؛
- أم الزوجة من الرضاع: مرضعة الزوجة على الزوج بمجرد العقد على الرضيعة؛

¹ وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 137 وما بعدها.

² وبهذا قال الإمام محمد بن قيم الجوزية في: زاد المعاد، الجزء الخامس، دار الريان، القاهرة، مصر، 1987، ص. 124.

³ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983، ص. 37.

ثانياً: شروط الرضاع المحرم

لكي يكون الرضاع محرماً، لا بد وأن تتوفر جملة من الشروط، وبغض النظر عن الخلاف الفقهي في المسألة، سوف نقتصر على ذكر هذه الشروط في ضوء المذهب المالكي، باعتباره كان أكثر وضوحاً في تبيان هذه الشروط، وأكثر تشدداً فيها، وهو ما نميل إليه، لكون المسألة تتعلق بالموانع الشرعية للزواج، وهي مسألة من النظام العام تستدعي اتباع المذهب الأحوط، وتتمثل شروط الرضاع المحرم في ظل هذا المذهب فيما يلي:

1- أن يكون الرضاع قد وقع في الحولين وقبل الفطام: ومقتضى هذا الشرط أنه لو حصل الرضاع بعد الحولين وقبل الفطام، أو في الحولين وبعد الفطام، لا يقع التحريم، وذلك استناداً لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام"¹، وقوله كذلك: "لا رضاع إلا ما كان في الحولين"²، فبالجمع بين الحديثين نستنتج هذا الشرط.

2- أن يصل اللبن إلى الجوف، أو الحلق بالرضاع، أو الوجور (الصب في الفم)، أو السعوط (عن طريق الأنف)، ولو كان قطرة واحدة.³

¹ محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، الجزء الثالث، كتاب: الرضاع، باب: ما ذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر دون الحولين، حديث رقم 1152، ص. 459.

² سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، الجزء الأول، كتاب النكاح، باب ما جاء في ابنة الأخ من الرضاعة، حديث رقم 936، ص. 368. أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، كتاب: الرضاع، باب: من قال لا رضاع بعد حولين، حديث رقم 4814، ص. 49.

³ سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وأثارهما: دراسة فقهية مع شرح وتعليقات على القانون رقم 10 لسنة 1984، الطبعة الأولى، مطبعة الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ليبيا، 1986، ص. 172.

3- ألا يختلط اللبن بغيره، فإن حصل ذلك، وجب التمييز بين حالتين؛ أولهما: إذا كان اللبن أكثر أو يساوي ما اختلط به، وقع به التحريم، وثانيهما: إذا كان اللبن أقل مما اختلط به، لم يقع به التحريم على الأرجح¹:

4- أن تثبت واقعة الإرضاع بإقرار من المرضعة، وبالبينة، أي بشهادة شاهدين².

وما يلاحظ في هذا المقام، أن المذهب المالكي قد تشدد في مسألة التحريم بالرضاع، خلافا للمذاهب الأخرى، التي كانت نوعا ما مرنة في معالجتها للمسألة.

وقد عالج المشرع الأسري الجزائري هذه الشروط في المادة 29 ق.أ، مكتفيا بشرط واحد فقط، وهو أن يكون الرضاع قد حصل قبل الفطام أو في الحولين، بغض النظر عن كمية اللبن قليلا كان أو كثيرا، والملفت للانتباه في هذه المادة أن المشرع استعمل أداة الربط "أو" وليس "و"، وهو ما يدل على عدم تطابق هذا الشرط لما هو مقرر في المذهب المالكي الذي يشترط أن يتم الرضاع في الحولين وقبل الفطام حتى يكون محرما، وبعبارة أخرى، فإن القاضي مخير في أن يأخذ بمدة عامين "حولين" أو أن يأخذ بمدة ما قبل الفطام، وهذا أمر فيه نوع من الغرابة، مما يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كان المشرع قد قصد فعلا هذا التخيير، أم لم يقصده، خاصة وأنه استعمل الصياغة ذاتها في النص الفرنسي، أم أنه قصد أن تكون مدة الرضاع مساوية للحولين مصداقا لقوله تعالى: "وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ"³، وهذا أمر قلما يحدث، لأنه قد يفظم الرضيع قبل الحولين، تماما مثلما قد يتجاوز هذه المدة.

¹ إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص. 226.

² وتجوز شهادة النساء فقط في مسائل الرضاع، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر عن: غ.أ.ش، 23-04-

1991، ملف رقم 71727، م.ق، 1993، عدد 2، ص. 47. محمد بن رشد، المرجع السابق، ص. 30.

³ سورة لقمان، الآية 14.

أما عن كمية اللبن المحرم، فلم يشترط المشرع كمية محددة حتى يكون الرضاع محرماً، إذ تكفي قطرة واحدة حتى يقع التحريم، وبذلك، يكون المشرع قد وافق رأي المذهب المالكي في هذه المسألة¹.

أما عن الشروط الأخرى، فقد سكت عنها المشرع، مما يحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية وأقوال المذاهب الفقهية في المسألة، أين يكون أمامه الخيار في الأخذ بهذا الرأي أو ذلك، طالما أن المشرع لم يقيد القاضي بمذهب معين.

المطلب الثاني

الموانع المؤقتة

يقصد بالموانع المؤقتة تلك التي تقبل الزوال مع مرور الوقت، وقد ورد ذكرها في نص المادة 30 ق.أ، المعدلة بموجب الأمر رقم 02-05، وهي كالتالي:

الفرع الأول: مانع الإحصان

وذلك مصداقاً لقوله تعالى: "وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ"²، إذ لا يجوز للرجل أن يتزوج زوجة الغير، ولو كان غير مسلم، ودون اشتراط الدخول بها، إذ يكفي العقد عليها حتى تحرم على الغير³. وهنا يثار تساؤل جوهري مفاده: هل يمكن للرجل أن يتزوج المتزوجة زواجا باطلاً، أم لا؟ وهل يشترط صدور حكم قضائي يقضي بفسخ الزواج، أم لا؟ مع العلم أن البطلان يجعل العقد في حكم العدم، وأن الحكم الصادر بالبطلان هو مجرد حكم كاشف غير منشيء.

¹ الإمام مالك، الموطأ، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 605.

² سورة النساء، الآية 24.

³ وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 147. علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص. 268.

رغم عدم النص على هذه المسألة في قانون الأسرة، إلا أننا نعتقد أنه طالما كان العقد في حكم العدم، أي لم تقم له قائمة، فإن الزواج من هذه المرأة يعتبر صحيحاً، ولا حرج في ذلك، غير أن الإشكال يثار عند التقدم لتسجيل العقد لدى الدوائر الرسمية، سيما إذا كان الزواج الأول (الباطل) مسجلاً هو الآخر، أين سيتمتع لا محالة ضابط الحالة المدنية أو الموثق عن توثيق هذا العقد وتسجيله في سجلات الحالة المدنية، مما يستدعي معه انتظار صدور حكم قضائي في الموضوع، ومرور مدة الاستبراء، قصد التأكد من براءة الرحم متى كان الزواج قد لحقه دخول¹.

الفرع الثاني: مانع العدة

يحرم الزواج من معتدة من طلاق أو وفاة، مصداقاً لقوله تعالى: "وَلَا تَغْرُمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ"²، وبغض النظر عما إذا كان الطلاق رجعياً، أو بائناً بينونة صغرى، أو بائناً بينونة كبرى، فأحكام العدة من النظام العام، لا تجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال، ولعل الحكمة من مراعاة أحكام العدة إمكانية المراجعة في حالة الطلاق الرجعي، أو العقد مجدداً في حالة الطلاق البائن بينونة صغرى، وكذا منع اختلاط الأنساب، لأن هذه العدة تسمح بالتأكد من عدم حمل المعتدة³، وذهب المالكية إلى القول بأن الزواج من المعتدة تنتقل به المرأة من التحريم المؤقت إلى التحريم المؤبد، فيقع النكاح باطلاً، وتصبح المعتدة محرمة مؤبداً على من تزوجها في عدتها⁴.

¹ المادة 34 ق.أ.

² سورة البقرة، الآية 235.

³ وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 147.

⁴ محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2003، ص. 176.

الفرع الثالث: مانع الطلاق

إذا كانت المعتدة تحرم على الغير، فإن المطلقة ثلاثا تحرم على طليقتها، إذ لا يمكن مراجعتها ولا العقد عليها مجددا، حتى وإن كانت عدتها لم تنقض بعد، وذلك استنادا لقوله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ"¹، وعليه، لا يمكن لمن طلق زوجته ثلاثا أن يتزوجها ثانية إلا بعد أن تتزوج غيره ثم يطلقها أو يتوفى عنها، وذلك مصداقا لقوله تعالى: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَتَّحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"²، وذلك شريطة ألا يكون الزواج بنية التحليل، لما رواه الترمذي عن ابن مسعود: "لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمُحَلَّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ"³.

وإذا كان هذا هو حكم المطلقة ثلاثا، فإننا نتساءل عن حالة الملاعنة؛ ما إذا كانت تنطبق عليها أحكام الطلاق، أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين، منهم من قال إن اللعان تنطبق عليه أحكام الطلاق البائن، بمعنى أنه يجوز للرجل أن يتزوج من لاعنها بعد أن تتزوج غيره ويطلقها أو يتوفى عنها، وذهب رأي آخر إلى القول بعدم إمكانية الزواج منها مرة ثانية، إذ بمجرد حصول الملاعنة تحرم عليه مؤبدا، ولا يجوز له أن يتزوجها، حتى وإن تزوجت غيره وطلقها أو توفي عنها، وهو رأي الجمهور⁴.

¹ سورة البقرة، الآية 229.

² سورة البقرة، الآية 230.

³ محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، الجزء الثالث، كتاب: النكاح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب: ما جاء في المحلل والمحلل له، حديث رقم 1120، ص. 129.

⁴ محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص. 242.

الفرع الرابع: مانع العدد

لا يجوز للرجل الزواج بأكثر من أربع نسوة مجتمعات، وذلك مصداقا لقوله تعالى: 'فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعًا'¹، وبالتالي لا يمكن الزواج بالخامسة إلا بعد طلاق أو وفاة إحدى الزوجات الأربع، وإذا كان المشرع لم ينص على هذا المانع في المادة 30 ق.أ، فإن القاضي ملزم بأخذه بعين الاعتبار استنادا لأحكام المادة 222 ق.أ، وكذا المادة الثامنة من القانون ذاته، التي وإن لم تشر إلى هذه المسألة صراحة، إلا أنها أقرت بضرورة أن يتم التعدد في حدود الشريعة الإسلامية، ومن بين هذه الحدود نجد العدد.

الفرع الخامس: مانع الجمع

بمقتضى هذا المانع يحرم على الرجل الجمع بين المرأة وأختها أو عمته أو خالتها، وذلك مصداقا لقوله تعالى: 'وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ'²، وكذا ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا تتكح المرأة على عمته أو العمة على ابنة أخيها أو المرأة على خالتها والخالة على ابنة أختها إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم"³.

الفرع السادس: مانع الكفر

يمنع على غير المسلم الزواج من المسلمة، سواء كان كتابيا أم غير كتابي، وذلك مصداقا لقوله تعالى: 'وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا'⁴، وإذا كان يمنع على غير المسلم الزواج من المسلمة، فإن التساؤل يبقى مطروحا عما إذا كان يجوز للمسلم الزواج من غير المسلمة؟

¹ سورة النساء، الآية 03.

² سورة النساء، الآية 23.

³ أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، كتاب النكاح، باب لا تتكح المرأة على عمته، حديث رقم 4819، ص. 64.

⁴ سورة البقرة، الآية 221.

خلافًا للحالة الأولى، فإن الحالة الثانية تقتضي التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كانت المرأة كتابية، أي تدين بدين سماوي، فلا حرج في أن يتزوجها المسلم مصداقًا لقوله تعالى: "الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ"¹.

الفرض الثاني: إذا كانت غير كتابية، كأن تكون بوزنية مثلاً، فلا يجوز الزواج منها باتفاق الفقهاء مصداقًا لقوله تعالى: "وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ"²، ومع ذلك، لم ينص المشرع على هذه المسألة ضمن قانون الأسرة.

الفرع السابع: الأمة على الحرة

لم ينص المشرع على هذا المانع، ولكن أقره الفقه الإسلامي، ومقتضاه أنه من كانت في عصمته زوجة حرة، يحرم عليه الزواج من غير الحرة، والحكمة من ذلك عدم امتهان كرامة الحرة بتزوج الرقيقة عليها³، مع الملاحظ، أن هذا المانع غير مطلق، فهو مقيد بعدم القدرة على الزواج من الحرة، لقوله تعالى: "وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ"⁴، والطول على مذهب أبي حنيفة يتحقق بوجود الحرة في عصمته فعلاً، لا بمطلق القدرة المالية على زواج الحرة، فمن في عصمته حرة، فهو مستطيع طويلاً زواج الحرائر، فلا يحل له زواج الرقيقات⁵.

¹ سورة المائدة، الآية 05.

² سورة البقرة، الآية 221.

³ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 96.

⁴ سورة النساء، الآية 25.

⁵ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، دار العلم، الكويت، 1990، ص. 56-57.

الفرع الثامن: موانع أخرى مؤقتة

إضافة إلى الموانع المذكورة أعلاه، هناك موانع أخرى يحرم بها الزواج مؤقتاً، وهي كالاتي:

أولاً: مانع الإحرام بالحج أو العمرة: لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يَنْكِحُ المحرم ولا يُنْكَحُ ولا يخطب"¹، لأن النكاح من دواعي الوطء المفسد للحج والعمرة، ووافقهم في ذلك الشافعية والحنابلة².

ثانياً: مانع المرض المخوف لأحد الزوجين: لم ينص على هذا المانع في قانون الأسرة الجزائري، ولكن نصت عليه مدونة الأسرة المغربية في المادة 61 منها، ورتبت على ذلك فسخ الزواج قبل البناء وبعده، إلى أن يشفى المريض بعد الزواج³، فالمشهور عند المذهب المالكي عدم جواز نكاح المريض مرضاً مخوفاً أشرف بسببه على الموت، ويقصد بالمرض المخوف، ذلك الذي يحجر فيه على مال المريض⁴، وقد سارت في هذا الاتجاه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 23 ماي 2001، الذي قضت فيه أن زواج المريض مرض الموت هو من الأنكحة الفاسدة التي لا ميراث فيها، وذلك عملاً بأحكام المادتين 131 و222 ق.أ.⁵

¹ مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، الجزء الثاني، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، حديث رقم 2524، ص. 1031.

² مالك بن أنس، الموطأ، الجزء الأول، مكتبة البشرى، المدينة المنورة، 2011، ص. 348.

³ تنص المادة 61 من مدونة الأسرة المغربية: "يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده وذلك في الحالات الآتية: إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين إلا أن يشفى المريض بعد الزواج...".

⁴ محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص. 240.

⁵ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-01-2001، ملف رقم 251656، م.ق، 2002، عدد 1، ص. 306.

ثالثاً: مانع الجمعة: قال به المالكية كذلك، إذ يحرم عندهم الزواج إذا صعد الإمام المنبر، قياساً على تحريم البيع، مصداقاً لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ"¹.

وخلاصة لما سبق، فإن هذه الموانع من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها مطلقاً، فهي تعبر عن تكريس واضح للبعد النظامي في عقد الزواج، وتراجع مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، إذ تعتبر هذه الموانع بمثابة قيود ترد على حرية المتعاقدين في إبرام عقد الزواج، الذي وإن كان عقداً رضائياً -كأصل- إلا أن المشرع عادة ما يتدخل بقواعد أمره يحد من خلالها من مبدأ سلطان الإرادة لدى المتعاقدين، لأجل ذلك، نص المشرع في المادة 34 ق.أ على أن كل زواج بإحدى المحرمات المؤبدة أو المؤقتة يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء، والاستبراء هنا بديل للعدة، لأن العدة ترتبط بالزواج الصحيح، أما الاستبراء، فيرتبط بالزواج الباطل، والقصد منه التأكد من براءة الرحم².

¹ سورة الجمعة، الآية 9.

² علي أبو الحسن التسولي، المرجع السابق، ص. 269.

الفصل الثاني

الشروط الشكلية

في عقد الزواج

الفصل الثاني

الشروط الشكلية لصحة الزواج

إلى جانب الشروط الموضوعية لصحة الزواج والمتمثلة كما أشرنا أعلاه في الصداق وانعدام الموانع الشرعية، هناك شروط أخرى شكلية، يشترط توافرها لصحة العقد، ويتعلق الأمر بالولاية (المبحث الأول)، والإشهاد على العقد (المبحث الثاني)، وقد وصفت هذه الشروط بالشكلية لأنها تدخل ضمن الشكلية في العقود بمفهومها الواسع، إذ لا يقصد بالشكلية الكتابة فقط، بل قد يكون المقصود منها إجراء أو شرط معين يستوجب استيفاؤه لصحة العقد.

المبحث الأول

الولاية في عقد الزواج

الأصل في العقود وفق أحكام النظرية العامة للعقد أن تبرم إما من طرف المعني أصالة عن نفسه، وإما من طرف الغير عن طريق النيابة، ولكن باسم الأصيل ولحسابه.

غير أن الشريعة الإسلامية، ومراعاة منها لخصوصية عقد الزواج، الذي لا يقتصر على طرفيه فقط، بل يمتد ليشمل أسرة كل منهما، منشأ بذلك علاقة مصاهرة بين الأسرتين، قد أدخلت على هذا العقد طرفاً ثالثاً، وهو الولي، والذي تختلف أحكامه من مذهب لآخر، كل حسب توجهاته وأسانيده في المسألة.

ومن جهته، نظم المشرع الجزائري أحكام الولاية في الزواج في المادتين 11 و13 ق.أ، وذلك بعد إلغائه المادة 12 بموجب الأمر 02/05، المتضمن تعديل قانون الأسرة، والتي أحدثت ضجة كبيرة وسط المهتمين بقضايا الأسرة، لينقسموا في ذلك إلى مؤيد ومعارض.

المطلب الأول

مراتب الأولياء وشروطهم

تختلف المذاهب الفقهية في ترتيبها للأولياء، وفي مدى إلزامية هذا الترتيب، كما تختلف في بعض الشروط الواجب توفرها في الولي حتى يؤدي دوره في عقد الزواج، وبدوره خالف المشرع أحكام الفقه الإسلامي في بعض المسائل، كما سكت عن بعضها الآخر.

الفرع الأول: مراتب الأولياء

تتصرف القواعد الخاصة بترتيب الأولياء إلى تحديد من له الأولوية في ممارسة الولاية في حالة تعدد الأولياء، وهذه القواعد المقررة في الفقه الإسلامي (أولاً) تختلف عنها في قانون الأسرة الجزائري (ثانياً).

أولاً: مراتب الأولياء في الفقه الإسلامي

يتفق الفقهاء في إثبات الولاية بسبب الملك، والأبوة، والعصوبة من غير الأبناء، والسلطنة، ويختلفون فيما عدا ذلك من الأولياء باختلاف المذاهب:

1- المذهب المالكي:

يختلف الأولياء ومراتبهم عند المالكية بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بولي مجبر، أو ولي مخير، فولاية الإيجاب تثبت لثلاث بالترتيب الآتي¹:

- السيد المالك سواء كان ذكراً، أم أنثى؛

- الأب سواء كان رشيداً، أم سفيهاً؛

- وصي الأب متى تحققت ثلاثة شروط:

¹ محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص. 199.

أ- أن يحدد الأب الزوج، إذ ليس للوصي اختيار هذا الأخير؛

ب- ألا يقل المهر عن مهر المثل؛

ج- ألا يكون الزوج فاسقا.

أما ولاية الاختيار، فنثبت للفئات التالية، وفق الترتيب التالي¹:

✓ الابن وابن الابن وإن نزل؛

✓ الأب؛

✓ الأخ الشقيق؛

✓ الأخ لأب؛

✓ ابن الأخ الشقيق؛

✓ ابن الأخ لأب؛

✓ الجد أب الأب؛

✓ العم وابن العم؛

✓ أب الجد؛

✓ العم لأب؛

✓ ابن العم لأب؛

✓ عم الجد فابنه؛

✓ المولى الأعلى، وهو من أعتق المرأة، ثم عصبته؛

✓ الكافل للمرأة غير العاصب، بشرط أن يكفلها مدة توجب الحنان والشفقة، وأن تكون الفتاة

وضيعة لا شريفة؛

✓ الحاكم، أو القاضي الشرعي؛

¹ محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص. 200.

✓ كل مسلم بالولاية العامة، لقوله تعالى: "وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ"¹.

والحاصل، أن هذا الترتيب ليس شرطاً ضرورياً عند المالكية، بحيث لو تولى زوج المرأة الأبعد مع وجود الأقرب، نفذ الزواج، كما يجوز لابن العم، والمولى، ووكيل الولي، والحاكم أن يزوج المرأة من نفسه، بحيث يكون ولياً وطرفاً في العقد في الوقت نفسه².

2- المذهب الحنفي:

خلافاً للمذهب المالكي، يرى المذهب الحنفي أن الولاية إنما هي ولاية إجبار فقط، إذ لا يعتد عندهم بولاية الاختيار، وتثبت الولاية وفق هذا المذهب للأشخاص الآتين، وفق الترتيب الآتي³:

✓ الابن، وابن الابن، وإن نزل؛

✓ الأب، والجد الصحيح، وإن علا؛

✓ الأخ الشقيق، والأخ لأب، وأبناؤهما، وإن نزلوا؛

✓ العم الشقيق، والعم لأب، وأبناؤهما، وإن نزلوا؛

✓ المعتق، ثم عصبته النسبية؛

✓ السلطان، أو القاضي.

وللإشارة، فإن هذا الترتيب ملزم عند الأحناف؛ فإن حصل زوج الأبعد مع وجود الأقرب، كان العقد موقوفاً على إجازة الأقرب، طالما توافرت فيه شروط الولاية، وقال الإمام

¹ سورة التوبة، الآية 71.

² وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 205.

³ محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص. 13.

أبو حنيفة بالولاية لغير العصابات من الأقارب، أي ذوي الأرحام الأقرب فالأقرب في حالة عدم وجود عصابات، وبذلك، فهو يقدم ذوي الأرحام في المرتبة على الحاكم، أي القاضي¹.

3- المذهب الشافعي:

على غرار المذهب المالكي، الولاية عند الشافعية نوعان: ولاية إجبار، وولاية اختيار، فولاية الإجبار تثبت عندهم لثلاثة أشخاص، وفق الترتيب الآتي²:

✓ الأب: فله أن يزوج ابنته البكر سواء كانت صغيرة، أم كبيرة، مع استحباب استئذنها، أما الثيب، فليس له تزويجها، إلا بإذنها، شريطة أن تكون بالغة، فإن لم تكن كذلك، لم تزوج حتى تبلغ.

✓ الجد: وينطبق عليه ما ينطبق على الأب من أحكام.

✓ السيد: فله أن يزوج أمته بغض النظر عما إذا كانت بكرا أو ثيبا، صغيرة أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة.

أما ولاية الاختيار، فتنبت للأصناف التالية، وفق الترتيب التالي³:

✓ الأب؛

✓ الأخ الشقيق، يليه الأخ لأب؛

✓ ابن الأخ الشقيق، يليه ابن الأخ لأب، وإن نزل؛

✓ العم، يليه سائر العصابة من القرابة كما في الإرث؛

✓ المعتق، ثم عصبته، وفق ترتيب الإرث؛

✓ السلطان.

¹ وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 199.

² إبراهيم الشيرازي، المرجع السابق، ص. 37 وما بعدها.

³ المرجع نفسه، ص. 37.

والحاصل، أن الشافعية قد خالفوا الجمهور في ولاية الابن على أمه، إذ لا يعتبر الابن عندهم وليا في الزواج¹.

4- المذهب الحنبلي:

تثبت ولاية الإجماع عند الحنابلة للأب، ثم وصي الأب بعد موته، ثم الحاكم عند الحاجة، أما ولاية الاختيار، فتثبت لبقية الأقارب العصباء الأقرب فالأقرب، وفق ترتيبهم في الميراث. وتأسيسا على ذلك، يكون الأولياء عند الحنابلة كالاتي²:

- الأب؛
- الجد أب الأب، وإن علا؛
- الابن، وابن الابن، وإن نزل؛
- الأخ الشقيق، يليه الأخ لأب؛
- أولاد الإخوة، وإن نزلوا؛
- العم، وابن العم، وإن نزل؛
- عم الأب؛
- المعتق، ثم أقرب عصبه منه؛
- السلطان في حالة عدم وجود ولي للمرأة، أو في حالة العضل.

¹ وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 206.

² منصور البهوتي، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص. 52 وما بعدها.

ثانيا: مراتب الأولياء في قانون الأسرة الجزائري

جاء في نص المادة 11 ق.أ: "... بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره... يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

ما يلاحظ على نص هذه المادة، أنها ميزت بين من تثبت له الولاية على الراشدة (الأنثى)، ومن تثبت له الولاية على القصر (الذكر والأنثى)¹، فجعلت ولي الراشدة الأب، أو أحد الأقارب الأولين، أو أي شخص آخر تختاره، في حين جعلت من ولي القصر الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي لمن لا ولي له.

أما بالنسبة لولي الراشدة، فيلاحظ عليه ثلاثة أمور:

- الأمر الأول: أن المشرع لم يحدد المقصود بالأقارب الأولين، مما يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كان يقصد بذلك العصابات، أم ماذا؟ وعند أي درجة تتوقف القرابة الأولية؟

- الأمر الثاني: أن المشرع أدخل في صنف الأولياء شخصا غريبا وغير معروف بنصه: "أو أي شخص آخر تختاره"، مما يعني أن هذا الشخص لا يهم أيا كان، سواء كانت تربطه بالراغبة في الزواج علاقة قرابة، أم لا، إذ يتصور من خلال إطلاق نص المادة أنه يمكن للمرأة أن تجعل من أي شخص تجده في الشارع وليا لها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن المشرع أوقف ولاية هذا الشخص على اختيارها هي، وهذا كذلك أمر غاية في الغرابة، لأن الولاية كما هو معروف تثبت لأشخاص محددين شرعا وقانونا، وفي حالة عدم توفر أحدهم، فلأوصياء، وولاية الأمور.

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 66.

ويثار التساؤل عما إذا كان الإطلاق الوارد في العبارة المشار إليها أعلاه، يمكن أن يطال شروط الولي، أم لا، وبعبارة أخرى: هل يكون المشرع بعبارة "أي شخص تختاره" قد استغنى عن ضرورة توفر شروط معينة في الولي، كالعقل، واتحاد الدين، وغير ذلك؟

- الأمر الثالث: لم يدرج المشرع في المادة 11 / 1 القاضي ضمن أولياء المرأة الراشدة، وهو ما يثير التساؤل أيضا عن هذا الموقف، وما إذا كان المشرع قد استبدل القاضي بالشخص الذي يمكن أن تختاره الراغبة في الزواج ليكون وليا لها، وكان الأخرى بالمشرع أن يدرج القاضي ضمن الأولياء، تماشيا مع ما هو متعارف عليه في مختلف المذاهب.

أما بالنسبة للولاية على القصر، فثبتت لكل من الأب، والأقارب الأولين، والقاضي، وهنا نسجل ثلاث ملاحظات؛ أولها: أن المشرع لم يحدد المقصود بالأقارب الأولين، وثانيها أن المشرع أدرج القاضي ضمن الأولياء، وثالثها: تراجع المشرع عن الحكم الغريب المقرر في الفقرة الأولى بأن أسقط عبارة "أو أي شخص آخر تختاره"، وهو ما يدفع إلى التساؤل عن الحكمة من إدراج هذه العبارة في الفقرة الأولى، وإسقاطها في الفقرة الثانية.

إن التمييز بين الرشد والقصر في المادة 11 ق.أ، لم يطل فقط شخص الولي، وإنما طال كذلك ترتيب الأولياء، إذ يلاحظ أن المشرع قد ترك الحرية للمرأة الراشدة في اختيار من تشاء من الأولياء لحضور عقد زواجها، دون أي ترتيب، أو تقييد، وذلك لكون "أو" المستعملة في المادة 11 / 1 تفيد التخيير، لا الترتيب، فلها أن تختار أباه، ولها أن تختار أحد الأقارب الأولين وتتجاوز الأب، ولها أن تختار الأبعد من الأقارب وتتجاوز الأقرب، ولها أن تختار أي شخص مهما كان وتتجاوزهم جميعا¹.

¹ بقعة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص. 116.

ورغم أن هذا الحكم مقبول بالنسبة للأقارب الأولين فيما بينهم، إلا أنه يبقى غريبا وغير مستساغ عندما يتعلق الأمر بالأب، إذ تكون الأولوية للأب في ولايته على ابنته، ويزداد الأمر غرابية إذا تجاوزت المرأة أبها وأقاربها، واختارت شخصا آخر، قد لا تربطه بها أي صلة قرابة.

أما بالنسبة لأولياء القصر، فقد رتبهم المشرع بدءا بالأب، فأحد الأقارب الأولين، ثم القاضي، ومن ثم، فلا مجال للتخيير بين الأولياء، إذ لا يجوز اللجوء إلى الأقارب، إلا في حالة عدم وجود الأب، كما لا يجوز اللجوء إلى القاضي، إلا في حالة عدم وجود الأقارب، وذلك لاستعمال المشرع حرف الفاء، الذي يفيد الترتيب، لا التخيير¹.

وإذا كان المشرع قد رتب الأولياء المذكورين في المادة 11 / 2، فإننا نتساءل عما إذا كان من الضروري الالتزام بترتيب الأقارب الأولين فيما بينهم، خاصة أن المشرع لم يحدد من هم الأقارب الأولين ولم يرتبهم من باب أولى.

الفرع الثاني: شروط الأولياء

رغم الخلاف الفقهي حول عدد الشروط الواجب توافرها في الولي، إلا أنه يمكن الإشارة إلى خمسة شروط، اثنان منها متفق عليها، والأخرى مختلف فيها، وذلك كما يلي:

أولا: الشروط المتفق عليها

1- كمال الأهلية: يقصد بكمال الأهلية البلوغ والعقل والحرية، إذ لا يمكن لمن لم تتوفر فيه هذه العناصر الثلاث أن يكون وليا على غيره، فلا ولاية للصغير أو المجنون والمعتوه على غيره، تماما مثلما لا ولاية للرقيق على غيره، فالصنف الأول ضعيف العقل، أما الصنف الثاني،

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 66.

فمشغول بخدمة مولاه، ولأن هؤلاء يخضعون في حد ذاتهم لولاية غيرهم، فلا يعقل أن يكونوا أولياء على غيرهم، لأن فاقد الشيء لا يعطيه¹.

2- اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه: مؤدى هذا الشرط أنه لا ولاية للمسلم على غير المسلم، تماما مثلما لا ولاية لغير المسلم على المسلم، وذلك مصداقا لقوله تعالى: "وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ"²، وقوله تعالى: "وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ"³، وفصل الشافعية في المسألة بالقول إنه يزوج الكافر الكافرة، سواء كان زوج الكافرة كافرا أم مسلما، وقال المالكية أنه يزوج الكافرة الكتابية مسلم، ولا ولاية للمرتد على أحد مسلما كان أم كافرا، ويستثنى من هذا الشرط صاحب الولاية العامة كالإمام والقاضي، بحيث لا يشترط أن يكون المولى عليه مسلما⁴.

ثانيا: الشروط المختلف فيها

1- الذكورة: وقع الخلاف بين الجمهور والأحناف في اعتبار الذكورة شرطا للولاية من عدمه، فذهب الجمهور إلى القول باشتراط الذكورة في الولي، إذ لا يمكن للمرأة أن تتولى زواج غيرها، طالما أنها غير قادرة على تولي زواجها بنفسها، لأن فاقد الشيء لا يعطيه، أما الأحناف، فلم يشترطوا الذكورة في الولي، إذ يمكن للمرأة في مذهبهم أن تتولى زواج غيرها بطريق الوكالة أو النيابة، تماما مثلما تتولى زواج نفسها بنفسها⁵.

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 127.

² سورة التوبة، الآية 71.

³ سورة الأنفال، الآية 73.

⁴ تقي الدين بن تيمية، أحكام الزواج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1988، ص. ص. 111-112.

⁵ وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 196.

2- العدالة: انقسم الفقهاء بشأن هذا الشرط إلى فريقين:

أ- الفريق الأول: ذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بشرطية العدالة، إذ لا ولاية للفاسق على غيره، لأن الولاية تقتضي تقدير المصلحة، وليس للفاسق تقدير هذه المصلحة، ما عدا إذا تعلق الأمر بالسلطان عندما يزوج من لا ولي لها والسيد عندما يزوج أمته¹.

ب- الفريق الثاني: خلافا للفريق الأول، ذهب أنصار هذا الفريق من المالكية والأحناف إلى القول بعدم شرطية العدالة للولاية في الزواج، وحثهم في ذلك أن الفسق لا يمنع من وجود الشفقة ورعاية المصلحة، ولم يثبت في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ومن بعده أن منع الفاسق من تزويج من هي في ولايته².

3- الرشد: ذهب الشافعية والحنابلة إلى القول باشتراط الرشد في ولاية التزويج، إذ لا يمكن للسفيه أن يكون وليا على غيره، طالما أنه لا يمكن أن يكون وليا على نفسه، واشترط الشافعية في ذلك أن يكون السفيه محجورا عليه، فإن لم يكن كذلك، فلا حرج في تزويج غيره، ورغم اتفاق المذهب الشافعي والحنبلي على اعتبار الرشد من شروط الولي، إلا أن الاختلاف وقع في تفسير معنى الرشد، فالرشد عند الحنابلة معرفة الكفاءة ومصالح النكاح وليس فقط المال، أما عند الشافعية، فالرشد عدم تبذير المال³.

أما الأحناف والمالكية، فذهبوا مذهباً معاكساً، إذ يصح للسفيه عندهم أن يتولى زواج غيره وإن كان محجوراً عليه، وفصل المالكية في المسألة بالقول باستحباب أن يكون هذا التزويج

¹ محمد بن رشد، المرجع السابق، ص. 221.

² محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية المغربية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 1998، ص. 131-132.

³ وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 197-198.

بإذن من المولى عليها وإذن من وليه، وأضاف المالكية دون غيرهم من المذاهب شرطين آخرين هما: عدم إحرام الولي بحج أو عمرة، وعدم الإكراه، فلا يصح للمكره تولي زواج غيره¹.

المطلب الثاني

القيمة الشرعية والقانونية للولي

تختلف قيمة الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية (الفرع الأول) عنها في قانون الأسرة الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القيمة الشرعية للولي

تتحدد القيمة الشرعية للولي بما إذا كان بإمكان الولي إجبار من في ولايته على الزواج إذا كانت غير راضية به (أولاً) وما إذا كان بإمكانه منعها من ذلك تجاوزاً لرغبتها ورضاها (ثانياً)، كما تتحدد بالحكم المترتب على تخلف الولي في عقد الزواج (ثالثاً).

أولاً: مدى جواز إجبار المولى عليها على الزواج

يتحدد دور الولي ومدى تدخله في إبرام عقد الزواج بالشخص الخاضع للولاية وبنوع الولاية في حد ذاتها ما إذا كانت ولاية إجبار (1) أم ولاية اختيار (2)، وذلك مع مراعاة الاختلاف بين المذاهب الفقهية في المسألة.

1- مدى تدخل الولي المجبر في إبرام عقد الزواج:

تثبت ولاية الإجبار على مجموعة من الأشخاص، ويختلف دور الولي باختلاف الشخص المولى عليه، وبيان ذلك كما يلي:

¹ وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 198.

أ- **عديم الأهلية أو ناقصها:** تثبت ولاية الإجماع على عديم الأهلية أو ناقصها بغض النظر عما إذا كان ذلك يعود إلى صغر في السن أو جنون أو عته، وبغض النظر عما إذا تعلق الأمر بالذكر أو الأنثى، بذكر أو ثيب، وذلك قول الجمهور من غير الأحناف¹.

واستثنى المالكية من ذلك صاحبة الجنون المتقطع، إذ قالوا بضرورة انتظار إفاقتها حتى تستأن، ولا تزوج إلا برضاها، أما الشافعية، فاستثنوا من ولاية الإجماع الثيب الصغيرة، أي غير البالغة، إذ لا تزوج عندهم حتى تبلغ وتأذن لوليها بزواجها².

أما الحنابلة، فذهبوا نفس مذهب المالكية، وفصلوا في المسألة بالقول بجواز تزويج الأب

ابنته الثيب التي لم تبلغ تسع سنين، دون اشتراط الحصول على إذنها، لأنه لا إذن لها³.

ب- **البكر البالغة العاقلة:** تثبت عليها ولاية الإجماع عند جمهور الفقهاء، أما عند الأحناف فلا تثبت عليها ولاية الإجماع، واستدلوا على ذلك بالحديث: "... والبكر تستأمر وإذنها صماتها"⁴، والاستئمار معناه طلب الأمر، وجاء في حديث آخر: "أن فتاة دخلت على عائشة فقالت: "إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا كارهة فقالت: اجلسي حتى يأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته فأرسل إلى أبيها فدعاها فجعل الأمر إليها فقالت: يارسول الله قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء"⁵.

¹ أحمد الدردير، الشرح الصغير، الجزء الثاني، مؤسسة المنشورات الإسلامية، الجزائر، 1992، ص. 351.

² الخطيب الشرييني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص. 149 وما بعدها.

³ محمد أمين بن عابدين، رد المحتار، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992، ص. 407 وما بعدها.

⁴ محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، الجزء الثالث، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في استئمار البكر والثيب، حديث رقم 1108، ص. 417.

⁵ أحمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، الجزء السادس، كتاب: النكاح، باب: البكر يزوجه أبوها وهي كارهة، حديث رقم 3269، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998، ص. 87.

ج- الثيب البالغة العاقلة التي زالت بكارتها بأمر عارض غير الزواج الصحيح: اختلف الفقهاء في مدى ثبوت ولاية الإيجار عليها، فقال المالكية يزوجها الولي المجبر الأب ووصيه بغض النظر عن سبب ثبوتها، طالما أن القصد من ثبوت الولاية هو الجهل بأمر الزواج ومصالحة¹.

أما الجمهور، فلا يقولون بثبوت ولاية الإيجار على الثيب البالغة العاقلة مهما كان سبب الثبوت، مع اختلاف طفيف بين المذاهب في تفاصيل هذه المسألة، حيث يستثني الأحناف الموطوءة بشبهة أو بنكاح فاسد².

2- مدى تدخل الولي غير المجبر في إبرام عقد الزواج:

تنبت ولاية الاختيار على أربعة أصناف من المولى عليهن:

أ- الثيب البالغة التي زالت بكارتها، سواء بزواج صحيح أم فاسد، فهذه لا يجوز تزويجها بدون رضاها استناداً إلى الحديث: "الأيم أحق بنفسها من وليها"³.

ب- البكر البالغة التي رشدتها أبوها أو وصيه، لا تزوج إلا برضاها عند المالكية والأحناف، لأن البالغة العاقلة لا تزوج عند أبي حنيفة وزفر إلا برضاها، بغض النظر عما إذا كانت بكراً أو ثيباً، مع أن الولاية عليها لدى الأحناف ولاية استحباب فقط، أما الشافعية والحنابلة، فيخالفونهم بالقول إن الولاية على هذا الصنف ولاية إيجار لا ولاية اختيار⁴.

¹ وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 210.

² المرجع نفسه.

³ محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، الجزء الثالث، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في استثمار البكر والثيب، حديث رقم 1108، ص. 417.

⁴ أحمد الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ص. 223 وما بعدها.

ج- البكر البالغة التي أقامت مع الزوج مدة سنة ثم تأيمنت وهي بكر: هذه كذلك لا تثبت عليها ولاية الإيجار، ولا تزوج إلا برضاها، وهذا هو رأي المالكية والأحناف، ويخالفهم الشافعية والحنابلة بأن جعلوا الولاية عليها ولاية إيجار لا اختيار¹.

د- اليتيمة: إذا خيف عليها من فساد في دينها أو دنياها، جاز للولي من غير الأب ووصيه أن يزوجه إذا بلغت عشر سنوات، وذلك برضاها وبعد مشاورة القاضي للتأكد من بلوغها هذا السن، وخلوها من الموانع الشرعية، والتكافؤ بينها وبين الزوج، وقيمة المهر بأن يكون مهر مثيلاتها من النساء².

ثانياً: مدى جواز منع المولى عليها من الزواج (العضل)

المتفق عليه بين المذاهب أن العضل هو منع المرأة البالغة العاقلة من الزواج بكفئتها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه، وقد نهى المولى عز وجل عن العضل بقوله: "... وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ"³، وفصل الفقهاء في المسألة تفاصيل مختلفة، فذهب الأحناف إلى القول بأن للأولياء منع المرأة من الزواج بدون مهر مثيلاتها من النساء لما فيه من الضرر والعار، في حين يرى الشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد أنه ليس للولي عضل موليته لنقصان المهر، طالما رضيت هي بذلك، وطالما أن المهر محض حقها، وطالما أنه بإمكانها إسقاط المهر كله بعد وجوبه⁴.

أما المالكية، فقالوا بأن العضل يتحقق في حالين؛ أولهما: إذا طلب المرأة للزواج كفؤاً ورضيت به، سواء طلبت ذلك أم لا، وثانيهما: إذا دعت المرأة لكفاء ودعا وليها لكفاء آخر.

¹ أحمد الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ص. 353.

² الخطيب الشربيني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص. 149.

³ سورة النساء، الآية 19.

⁴ علاء الدين الكساني، المرجع السابق، ص. 248.

ويخالفهم في ذلك الشافعية والحنابلة بالاقْتصار على الحالة الأولى دون الثانية، مع أن الحنابلة يضيفون حالة أخرى للعضل، وهي امتناع الخطاب لشدة الولي¹.

يتحقق العضل من الولي إذا كان أباً مجبراً وامتنع عن تزويج ابنته إضراراً بها، أما مجرد رد خاطب كفو رضيت به المولى عليها، فلا يعد عاضلاً حتى وإن تكرر منه الفعل، سواء كان الخاطب واحداً أم أكثر، أما إذا تعلق الأمر بالوصي، فقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان ينطبق عليه حكم الأب أم لا، فقال المالكية يأخذ نفس حكم الولي، وقيل كذلك أن الوصي المجبر يعد عاضلاً لمجرد رد أول كفاء².

أما إذا كان الولي غير مجبر، فيتحقق العضل إذا تقدم إلى المولى عليها كفاء ورضيت به، سواء طلبت التزويج به أم لا، وكذا إذا دعت لكفاء ودعا وليها لكفاء آخر³.

وأما عن حكم العضل، فقد اتفق الفقهاء على فسوق الولي إذا تكرر منه العضل، واختلفوا في الشخص الذي تنتقل إليه الولاية بعد العاضل، فتنقل عند الحنابلة إلى الأبعد، فإن عضل جميع الأولياء، انتقلت الولاية إلى الحاكم، أما الأحناف والمالكية والشافعية وفي رواية عن أحمد، فإن الولاية تنتقل بعد العضل إلى السلطان، أي القاضي مباشرة دون الانتقال إلى الأبعد⁴.

¹ أحمد الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ص. 222.

² وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. ص. 2015-2016.

³ منصور البهوتي، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص. 50.

⁴ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. ص. 117-118.

ثالثاً: حكم الزواج بدون ولي

اتجه الفقه في هذه المسألة اتجاهاً:

1- الاتجاه الأول: قال أبو حنيفة وأبو يوسف، بنفاز نكاح الحرة البالغة العاقلة حتى وإن تم بدون رضا وليها، فللمرأة أن تتولى عقد زواجها وعقد زواج غيرها كقاعدة ودون اشتراط رضا وليها، غير أنه إذا كان لديها ولي عاصب، اشترط لصحة زواجها ولزومه شرطان؛ وهما: أن يكون الزوج كفؤاً، وألا يقل المهر عن مهر مثيلاتها من النساء¹.

فإن وقع الزواج مخالفاً لهذين الشرطين، جاز للولي الاعتراض على هذا الزواج وفسخه من قبل القاضي، وإن حصل وسكت الولي حتى ولدت أو حملت حملاً ظاهراً، سقط حقه في الاعتراض وطلب التفريق، وقد استند هذا الاتجاه إلى الحديث: "الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها" والأيم عند هذا الاتجاه هي التي لا زوج لها، سواء كانت بكراً أو ثيباً².

2- الاتجاه الثاني: يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وكثير من الصحابة أن النكاح لا يصح إلا بولي، إذ لا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها أو غيرها ولا أن توكل غير وليها في تزويجها حتى وإن كانت بالغة عاقلة، وذلك لحديث عائشة رضي الله عنها: "أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل، فإن دخل بها، فلها المهر بما استحل من فرجها، وإن اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له"³، وكذا حديث أبي هريرة

¹ كمال الدين محمد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، الجزء الثاني، المكتبة التجارية، مصر، 1372 هـ، ص. 391 وما بعدها.

² محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، الجزء الثالث، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في استثمار البكر والثيب، حديث رقم 1108، ص. 417.

³ محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، الجزء الثالث، كتاب: النكاح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1102، ص. 408.

رضي الله عنه: "لا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"¹، فيلاحظ من حديث عائشة أن حكم الزواج الواقع بدون ولي هو البطلان، خلافا لما ذهب إليه الأحناف².

الفرع الثاني: القيمة القانونية للولي

بالرجوع إلى المادتين 9 و9 مكرر من ق.أ، نجد أن المشرع قد اكتفى في الزواج بركن واحد فقط وهو الرضا، وذلك بصراحة المادة 9 التي نصت: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، أما الولي فقد اعتبره المشرع شرطا لا ركنا، وذلك استنادا إلى المادة 9 مكرر التي عدت شروط الزواج، وذكرت ضمنها الولي، وبذلك يكون المشرع قد خالف في هذه المسألة رأي الجمهور الذين يعتبرون الولي ركنا في الزواج، تماما مثلما خالف رأي الأحناف الذين لم يعتبرونه شرطا ولا ركنا³.

وعلى أي حال، فالقيمة القانونية للولي تتحدد بمدى تدخله في الرضا بالزواج (أولا) ومصير الزواج المخالف لأحكام الولاية (ثانيا).

أولا: مدى تدخل الولي في الرضا بالزواج

باستقراء نص المادة 11 ق.أ نلاحظ أن المشرع قد تعامل مع مسألة تدخل الولي في الرضا بالزواج، بالتمييز بين ما إذا كان المولى عليه امرأة راشدة، وما إذا كان قاصرا، بغض النظر عما إذا كان ذكرا أو أنثى، وعليه، فإن دور الولي في عقد الزواج يتحدد بما يلي:

¹ محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، الجزء الأول، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1882، ص. 606.

² عثمان بن علي الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثاني، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، 1313هـ، ص. 98.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 243.

1- إذا كان الراغب في الزواج راشدا (ذكر)، فلا حاجة إلى الولاية، لأن الرجل ولي نفسه، فهو من يزوج نفسه بنفسه، بل وله أن يزوج غيره متى توافرت فيه شروط الولاية، وطالما يمكن أن يكون وليا على غيره، فبداهة بإمكانه أن يكون وليا على نفسه.

2- إذا كان الراغب في الزواج راشدا (أنثى)، فإن دور الولي يتحدد في عقد الزواج بالحضور¹، وذلك بصراحة المادة 1/11 التي نصت: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

إن غرابة هذا الدور الذي أسنده المشرع للولي، يجعلنا نتساءل عما إذا كان المشرع قد قصد فعلا التقليل من أهمية الولي في الزواج لهذه الدرجة أم لا؟ لأن الحضور يعني أن الولي وفق قانون الأسرة ليس بولي مجبر ولا بولي مخير ولا وكيل في العقد، ولا حتى شاهدا على العقد، فهو مثله مثل المتفرج على عقد قران موليته لا يملك من الأمر شيئا حتى وإن كان الولي أبا أو جدا أو أحد الأقارب الأقربين، وإن كنا لا نستغرب كثيرا من هذا الحكم طالما أن المشرع قد جعل للراغبة في الزواج الحرية في اختيار وليها بنفسها كما سبقت الإشارة إلى ذلك أعلاه.

3- إذا كان الراغب في الزواج قاصرا، فإن زواجه يتولاه وليه كما جاء في المادة 2/11 التي نصت: "... يتولى زواج القصر أولياؤهم..." فما يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع استعمل عبارة "يتولى" والتولي من الولاية، بمعنى أن يعقد زواج القصر أولياؤهم، والقاصر في مفهوم المادة 11 يقصد به الذكر والأنثى على حد سواء، فاعتبارا من المشرع لأهمية عقد الزواج وخطورة الآثار القانونية المترتبة عليه، جعل إبرامه للولي لا للمعني²، رغم حصوله مسبقا على ترخيص بالزواج.

ومن هنا يثار التساؤل عما إذا كانت الولاية المشار إليها في هذا النص ولاية إجبار أم لا؟

¹ بقعة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص. 113.

² الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص. 65.

أجابت على ذلك المادة 13 بالنص: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، وهو ما معناه أنه لكي يبرم عقد زواج القاصر، لا بد من توفر رضا الولي ورضا المعني في آن واحد، وهذه ولاية اختيار لا ولاية إجبار¹.

ولأن المشرع اقتصر في المادة 13 على القاصر؛ أي الأنثى؛ فإن التساؤل يطرح عما إذا كان هذا الحكم ينطبق على الأنثى دون الذكر أم ماذا؟

يبدو أن الإجابة تكون بالنفي؛ لأن المشرع لم يقصد في المادة 13 الاكتفاء، وإنما قصد التأكيد؛ لأن الأنثى هي التي تجبر في الغالب الأعم، وما دام المشرع قد نص على عدم جواز إجبار القاصر (الأنثى)، فبداهة لا يجوز للولي إجبار القاصر (الذكر).

وخلاصة القول إن المشرع -وفي هذا رد على القول بأن المشرع أخذ بالمذهب الحنفي في مسألة الولاية- لم يأخذ في مسألة الولاية بأي مذهب من المذاهب بما فيها المذهب الحنفي²، لأن المذهب الحنفي يأخذ بولاية الإجبار، كما أشرنا إلى ذلك أعلاه، وهو ما لم يأخذ به المشرع الجزائري إطلاقاً، وإذا حاولنا أن نجري مقارنة بسيطة -وإن كانت غير دقيقة- بين قانون الأسرة والمذاهب الفقهية، نجد كأنه أخذ بولاية الاختيار في الحالات التي تأخذ فيها المذاهب الفقهية بولاية الإجبار، وألغى الولاية في الحالات التي تأخذ فيها المذاهب بولاية الاختيار أو على الأقل ولاية الاستحباب، كما يسميها الأحناف؛ لأن الحضور المنصوص عليه في المادة 1/11 ليس من الولاية في شيء.

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 67.

² بقعة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص. 115.

ثانياً: مصير الزواج المخالف لأحكام الولاية

قد يتصور أن يبزم الزواج مخالفاً لأحكام الولاية، مما يطرح التساؤل حول مصير هذا العقد والجزاء الذي يترتب عليه القانون في هذا الشأن، وهذه المخالفة إما أن تأتي من الولي، وذلك بإجباره لمن في ولايته على الزواج، وإما أن تأتي من المولى عليه أو المولى عليها، وذلك بإبرام عقد الزواج دون ولي.

1- الصورة الأولى: رغم صراحة المادة 13 ق.أ بنصها: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"، إلا أنه لم ينص على الجزاء المترتب على مخالفة أحكام هذا النص.

يرى الأستاذ بن شويخ الرشيد في هذا الصدد، أنه لا بد من التمييز بين فرضين¹:

- الفرض الأول: إذا كان رضا المولى عليه أو المولى عليها غير موجود، يقع العقد باطلاً لانعدام ركنه الوحيد المتمثل في الرضا، لأن رضا الولي غير كاف لإبرام العقد، طالما أن المشرع لم يأخذ بولاية الإجماع، وإنما أخذ بولاية الاختيار فقط.

- الفرض الثاني: إذا كان الرضا موجوداً، ولكنه معيباً بعيب من عيوب الإرادة ولا سيما الإكراه المعنوي، فيكون العقد قابلاً للفسخ من طرف من عيبت إرادته.

2- الصورة الثانية: إبرام عقد الزواج من دون ولي: في هذه الصورة تكون المخالفة من المولى عليه أو المولى عليها، وذلك بأن يقبل على إبرام عقد زواجه من دون ولي²، وفي هذا الصدد نصت المادة 2/33 ق.أ: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 67.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 250.

ما يلاحظ على هذا النص أمران:

أ- الأول: أنه اشترط لترتيب الأثر القانوني المقرر فيه أن يكون الولي واجبا بعبارة: "في حالة وجوبه" وهو ما يدفعنا إلى التساؤل عن الحالة التي يكون فيها الولي غير واجب؟

لم يفصل المشرع في هذه المسألة وترك غموضا في نص المادة 2/3، غير إن التمييز الوارد بين فقرتي المادة 11 يحملنا على الاعتقاد بأن الولي يكون واجبا عندما يتعلق الأمر بالقصر (المادة 2/11)، ويكون غير واجب عندما يتعلق الأمر بالرشد (المادة 2/11)، خاصة أن دور الولي في الحالة الأولى يتمثل في مشاركة المولى عليه أو المولى عليها في الرضا، أما في الحالة الثانية فيقتصر دوره على الحضور فقط، وطالما أن الحضور ليس له أي مضمون قانوني، فنعتقد أن المشرع كان يقصد بحالة عدم وجوب الولي الحالة المذكورة في المادة 1/11.

ب- الثاني: ميز المشرع فيما يخص مصير الزواج الواقع بدون ولي بين حالتين:

- حالة عدم الدخول: حيث قرر المشرع فسخ العقد ولا صداق فيه، مع أنه لم يبين ما إذا كان الفسخ يمكن أن يقع تلقائيا من طرف القاضي، أم لا بد أن يطلبه من له مصلحة وهو الولي كقاعدة.

- حالة الدخول: إذا أبرم الزواج بدون ولي ووقع الدخول، يثبت العقد وتستحق الزوجة صداق المثل، وبالتالي لا يقع العقد باطلا، ولا يكون قابلا للفسخ من أي كان.

المطلب الثالث

الولي بين تكريس وتقييد مبدأ سلطان الإرادة

بعد أن تطرقنا إلى مختلف أحكام الولاية في الفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة الجزائري، نحاول الإجابة على تساؤل مهم يعتبر من صميم موضوع البحث وهو: هل الولي في عقد الزواج تكريس أم تقييد لمبدأ سلطان الإرادة؟

الحقيقة أن الإجابة على هذا التساؤل ليست بالأمر الهين، وذلك نظرا لصعوبة تحديد المركز القانوني للولي في عقد الزواج بشكل دقيق من جهة، وإلى التمييز الذي أورده المشرع بشأن دور الولي في عقد الزواج عندما يتعلق الأمر بالراشدة، ودوره عندما يتعلق الأمر بالقصر، وعلى هذا الأساس، نحاول أن نحدد متى يكون الولي تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة، ومتى يكون تقييدا له.

الفرع الأول: الولي في زواج الراشدة

عندما يتعلق الأمر بزواج الراشدة، فإن دور الولي ينحصر حسب المادة 11 ق.أ في الحضور فقط دون أن يتدخل في الرضا¹، وبذلك يكون الولي في هذه الحالة مجرد شرط شكلي، مثله مثل الشاهدين، بل أقل قيمة من الشاهدين، ومن هنا، يكون اشتراط هذا الحضور تقييدا من المشرع لمبدأ سلطان الإرادة، إذ يعتبر من الشكليات المشترطة في عقد الزواج إذا أخذنا الشكلية بمفهومها الواسع².

غير أن الإشكال يثار حول القيمة الإلزامية لهذا القيد، لأن المشرع اشترط حضور الولي في المادة 1/11 ق.أ، غير أنه عاد في المادة 33 ق.أ، وميز بين حالتين للولي: حالة

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. ص. 65-66. المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18-07-200، ملف رقم 249128، م.ق، 2003، عدد 2، ص. 267.

² علي فيلالي، المرجع السابق، ص. ص. 291-293.

الوجوب، وحالة عدم الوجوب، ورتب على تخلف الولي في حالة وجوبه فسخ العقد قبل الدخول، وإمضاءه بعد الدخول، في حين لم يرتب أي أثر على تخلف الولي في حالة عدم وجوبه، وسبق أن رجحنا بأن حالة عدم وجوب الولي هي الحالة التي تكون فيها المولي عليها راشدة، ومن ثم نعتقد أن الولي في عقد زواج الراشدة لا يشكل تقييدا لمبدأ سلطان الإرادة، طالما أن المشرع لم يرتب أي أثر قانوني على تخلفه، فهو والعدم سواء.

الفرع الثاني: الولي في زواج القصر

بالرجوع إلى أحكام المادة 2/11 نجد المشرع قد أدخل الولي في رضا زواج القصر، وذلك بالنص: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم..."¹، وهو ما من شأنه أن يثير التساؤل حول ما إذا كان هذا التدخل يمكن اعتباره تقييدا لمبدأ سلطان الإرادة أم لا؟

الإجابة على هذا التساؤل تقتضي منا التمييز بين فرضين، أي بين ما إذا كان المشرع بإدخاله الولي في الرضا قد جعله طرفا في العقد أم لا.

- الفرض الأول: الولي طرف في العقد: إذا كان الولي يتدخله في زواج القاصر يعد طرفا في العقد، فنعتقد أن هذا التدخل لا يعد تقييدا لمبدأ سلطان الإرادة، لأن الولي سيكون في مركز مثل مركز الزوج والزوجة، وتطبق عليه نفس أحكام الرضا التي تطبق عليهما، سواء كانت مكرسة، أم مقيدة لمبدأ سلطان الإرادة، بمعنى أن الولي سوف يخضع في حد ذاته لمبدأ سلطان الإرادة، وللقيد الواردة عليه، مثله مثل الزوج والزوجة.

- الفرض الثاني: الولي ليس طرفا في العقد: إذا كان تدخل الولي في زواج القاصر لا يجعل منه طرفا في العقد، فإننا نرى أن الولي يصبح تقييدا لمبدأ سلطان الإرادة في الزواج، وذلك لكونه ليس طرفا في هذا العقد، ويفترض ألا يتدخل فيه، وأن تدخله في هذا العقد من شأنه أن

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 17-05-1998، ملف رقم 167835، م.ق، 1997، عدد 2، ص. 77.

يقيد إرادة المولى عليه أو المولى عليها، فهو دور يشبه إلى أبعد الحدود دور السلطة العمومية التي يشترط القانون الحصول على موافقتها لإجراء تصرف قانوني معين.

ونعتقد من جهتنا، أن الفرض الثاني هو الأولى أن يؤخذ بعين الاعتبار من الفرض الأول، فالراجح في اعتقادنا، أن الولي لا يرقى إلى مركز الطرف في عقد الزواج، وذلك لسببين رئيسيين هما:

- إن آثار عقد الزواج تنصرف إلى الزوج والزوجة دون الولي¹، وإن انصرفت إلى هذا الأخير بعض الآثار، فهي مجرد آثار رمزية أو قليلة الأهمية مثل الآثار التي يمكن أن تنصرف إلى الغير في النظرية العامة للعقد²، ومن ثم، فإنه إذا كان من المعقول أن تنصرف آثار العقد ولو بصفة عرضية إلى من لم يكن طرفاً فيه، فإنه من غير المعقول أن يكون شخص طرفاً في عقد معين، ثم لا تنصرف إليه آثار هذا العقد.

- رغم أن الولي يتدخل في الرضا، ولا يقتصر دوره على الحضور فقط، كما هو الحال بالنسبة لزواج الراشدة، إلا أننا نرى أن هذا التدخل لا يجعل منه طرفاً في العقد، وذلك لكون الولي والمولى عليه أو المولى عليها ينظر إليهما وكأنهما طرف واحد في العقد، يقابلهما الزوج كطرف ثان.

وللإشارة، فإن تدخل الولي في زواج القاصر ليس مطلقاً، لأن الولي يمكن أن يمنع من في ولايته من الزواج، وذلك بعدم الموافقة عليه³، وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالعضل، إلا أنه لا يمكنه إجبار من في ولايته على الزواج، وذلك تطبيقاً لمقتضيات المادة 13 ق.أ: "لا

¹ يراجع بخصوص آثار عقد الزواج. الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 143 وما بعدها.

² علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 408-409.

³ مع أن المحكمة العليا تذهب إلى اشتراط وجود أسباب ومبررات يستند إليها الولي في رفضه تزويج من في ولايته: المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 90468، م.ج، 2000، عدد 1، ص. 76 وما بعدها.

يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها¹.

ولأن زواج القاصر يحتاج إلى ترخيص قضائي مسبق²، فإن التساؤل يبقى مطروحا حول ما إذا كان طلب الترخيص من طرف الولي يعد موافقة منه على هذا الزواج، ويمكن الاحتجاج به ضده متى اعترض على زواج من في ولايته؟

يبدو لنا، أن هذا الطلب من الولي لا يعد موافقة على عقد الزواج، وذلك لسببين:

- السبب الأول: أن الترخيص لا يقتضي الإلزام، بمعنى أن الترخيص بتزويج القاصر لا يلزم الولي بذلك، فهو يبقى مجرد رخصة، تماما مثلما لا تلزم رخص السفر المسافر من قصر الصلاة وجمعها، والإفطار في رمضان، وغير ذلك.

- السبب الثاني: أن هذا الترخيص لا يكسب القاصر أهلية التقاضي إلا فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات، وحيث أن عقد الزواج لم يبرم أصلا، فإنه لا مجال للحديث عن أهلية التقاضي بالنسبة للقاصر³، وبالتالي، فإنه إذا حصل وامتنع الولي عن إبرام عقد الزواج، فإن هذا الزواج لن ينعقد من الناحية العملية، وهذا ما نعيبه على المشرع، إذ كان الأولى منح القاصر أهلية التقاضي في المنازعات الناشئة بسبب إبرام عقد الزواج، قبل أن يمنحه أهلية التقاضي في النزاعات الناشئة عن آثار الزواج.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 24-09-1984، ملف رقم 34438، غير منشور. المحكمة العليا، غ.ق.خ، 09-02-1966، م.ج، 1968، عدد 4، ص. 1220.

² جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، م.ج، 2000، عدد 1، ص. 19 وما يليها.

³ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. ص. 122-123.

غير أنه إن حصل وأبرم زواج القاصر بدون ولي، وهو واجب في هذه الحالة، كما أشرنا إلى ذلك سابقاً، فإنه يثبت إذا تبعه دخول، وتستحق به الزوجة صداق المثل، أما إذا لم يتبعه دخول، فيفسخ ولا صداق فيه¹، وهو ما نصت عليه المادة 33 ق.أ.

المبحث الثاني

الإشهاد في عقد الزواج

يشترط المشرع والفقهاء، على حد سواء، الشهادة كعنصر من عناصر تكوين عقد الزواج، وذلك بأن رتبوا على تخلفها آثاراً شرعية وقانونية مهمة، وعلى غرار المسائل الأخرى في الزواج، كانت الشهادة محل خلاف فقهي وتشريعي، وذلك من حيث طبيعتها (المطلب الأول)، ووقت اشتراطها (المطلب الثاني)، وشروطها (المطلب الثالث)، والآثار القانونية المترتبة على تخلفها (المطلب الرابع).

المطلب الأول

الطبيعة الشرعية والقانونية للشهادة

تتفق المذاهب الفقهية الأربعة على أن الشهادة شرط في صحة الزواج، فلا يصح زواج خلا من شاهدين (من غير الولي)، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي"²، وروى الدارقطني حديثاً عن عائشة رضي الله عنها: "لا بد في النكاح من أربعة: الولي، والزوج،

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 29-06-1999، ملف رقم 232095، غير منشور. المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-01-2001، م.ق، 2002، عدد 2، ص. 440.

² محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، الجزء الثالث، كتاب: النكاح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 1101، ص. 407.

والشاهدين"¹، وروى الترمذي عن ابن عباس قوله عليه الصلاة والسلام: "البغايا: اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة"².

وكل هذه الأدلة تؤكد شرطية الشهادة لصحة عقد الزواج، لما فيها من الحفاظ على حقوق الزوجين والأولاد، وتجنباً لإنكار الزواج، نظراً لما يترتب عليه من آثار شرعية وقانونية في غاية الأهمية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن في الشهادة درء للتهمة عن الزوجين، واعتبار لأهمية عقد الزواج وقديسيته³.

لأجل ذلك، ذهب المالكية إلى القول بفسخ نكاح السر، أي النكاح الذي يوصي فيه الزوج الشهود بكتمه عن المرأة، أو عن جماعة، ولو أهل منزل، وذلك بطلقة بائنة إن كان قد حصل الدخول، كما قالوا بفسخ النكاح متى حصل الدخول بلا إظهار، ويطبق عليهما حد الزنا إن حدث وطء وأقرا به، ويثبت بأربعة شهود كما في حالة الزنا، دون أن يقبل العذر بجهلها⁴.

غير أنه يستثنى من هذه الحالة إفشاء الزواج بوليمة، أو ضرب دف، أو شاهد واحد، أو شاهدين فاسقين، لقوله صلى الله عليه وسلم: "ادرعوا الحدود بالشبهات"⁵.

أما بالنسبة للحنابلة، فخالفوا المالكية بالقول إن العقد لا يبطل بالتواص بكتمانه، إذ يكفي أن يعلمه الولي والشهود والزوجان، ولكنه يأخذ حكم الكراهة⁶.

¹ أحمد بن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير، الجزء الثالث، كتاب الوكالة، حديث رقم 415، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998، ص. 114.

² محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، الجزء الثالث، كتاب: النكاح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب: ما جاء لا نكاح إلا ببينة، حديث رقم 1109، ص. 410.

³ وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 71.

⁴ أحمد الدردير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ص. 236.

⁵ أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، الجزء الثامن، كتاب: الحدود، باب: ما جاء في درء الحدود بالشبهات، حديث رقم 16537، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998، ص. 238.

⁶ مرعي بن يوسف بن الكرمي، غاية المنتهى، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، منشورات المؤسسة السعودية، الرياض، ص. 27.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد اعتبر الشهادة شرطاً من شروط الزواج المذكورة في المادة 9 مكرر ق.أ، ورتب على تخلفه فسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه، وإمضاءه بعد الدخول بصداق المثل، وبالتالي لم يعتبر المشرع الشهادة ركناً في العقد، لأنه اكتفى بركن واحد وهو الرضا، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 24-09-1984 حيث قضت بأنه لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل¹.

المطلب الثاني

وقت اشتراط الشهادة

وقع الخلاف في هذه المسألة بين جمهور الفقهاء والمالكية، فذهب الجمهور إلى القول بأن الشهادة مشترطة عند إبرام العقد وإلا كان فاسداً، وذلك للحديث: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"²، وكذا قوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا ببينة"³، فظاهر الحديث أن الشهادة مشترطة عند إبرام العقد لا بعده، وفي هذا يقول الأحناف إن الشهادة شرط ركن العقد، فيشترط وجودها عند الركن⁴.

وخلافاً لذلك، يرى المالكية أن الشهادة يستوي أن تكون عند إبرام العقد أو بعده، شريطة أن تتم قبل الدخول، وأن اشتراطها عند إبرام العقد هو على سبيل الاستحباب لا الإلزام، أما إذا تخلفت الشهادة في الحاليتين، كان العقد فاسداً، والدخول بالمرأة معصية موجبة لفسخ العقد⁵.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 24-09-1984، ملف رقم 34438، م.ق، 1990، عدد 1، ص. 64.

² محمد ابن حبان البستي، صحيح ابن حبان، الجزء التاسع، كتاب: النكاح، باب: الولي، حديث رقم 4075، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998، ص. 387.

³ محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، الجزء الثالث، كتاب النكاح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء لا نكاح إلا ببينة، حديث رقم 110، ص. 212.

⁴ وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 72.

⁵ عبد الله القيرواني، متن الرسالة في فقه الإمام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص. 8.

وقد أسس المالكية اتجاههم هذا، على أحاديث الرسول عليه الصلاة والسلام التي تدعو إلى الوليمة والضرب على الدف وغيرهما من الأمور المباحة شرعا، التي من شأنها أن تخرج الزواج من دائرة السر والكتمان إلى دائرة الإعلان، كقوله صلى الله عليه وسلم: "أعلنوا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف"¹، وكذا قوله لعبد الرحمن بن عوف: "أولم ولو بشاة"²، وقوله كذلك: "فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت"³، وقوله كذلك: "يا عائشة ما كان معكم لهو فإن الأنصار يعجبهم اللهو"⁴، وبالتالي فالشهادة عند المالكية هي من شروط التمام لا من شروط الصحة، وهي تقوم على الإشهار والعلانية⁵.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فالظاهر من خلال نص المادة 9 مكرر وكذا المادة 33 ق.أ، أنه يعتد بالشهادة عند الانعقاد لا عند الدخول، وذلك موافقة لرأي جمهور الفقهاء، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 28-09-1993 من أنه يشترط لصحة عقد الزواج شاهدين⁶، ويشترط أيضا أن يسمع الشاهدان كلام المتعاقدين ويفهمانه حتى يتحقق الغرض من الشهادة وهو الإعلان⁷، كما أشارت في قرار آخر أن عقد الزواج يعتبر صحيحا متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين وصداق...⁸.

¹ محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، الجزء الثالث، كتاب النكاح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب: ما جاء في إعلان النكاح، حديث رقم 1089، ص. 399.

² محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الجزء الخامس، كتاب: النكاح، باب: الوليمة ولو بشاة، حديث رقم 4872، ص. 1983.

³ محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، الجزء الثالث، كتاب النكاح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في إعلان النكاح، حديث رقم 1088، ص. 398.

⁴ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الجزء الخامس، كتاب: النكاح، باب: النسوة اللاتي يهدين المرأة إلى زوجها ودعائهن بالبركة، حديث رقم 4868، ص. 1981.

⁵ محمد بن رشد، المرجع السابق، ص. 13.

⁶ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 28-09-1993، ملف رقم 96238، غير منشور.

⁷ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 30-04-1990، ملف رقم 75344، م.ق، 1992، عدد 4، ص. 65.

⁸ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-12-1993، ملف رقم 88856.

المطلب الثالث

شروط الشهود

لكي تصح الشهادة في عقد الزواج، لا بد وأن تتوفر في الشهود جملة من الشروط، نشير إليها في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثم في التشريع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الشهود في الفقه الإسلامي

اشترط الفقه الإسلامي في الشهود جملة من الشروط، نوردتها فيما يلي:

أولاً: العقل: لا تصح شهادة المجنون والمعتوه، لأن الغاية من الشهادة هي إثبات الزواج عند الجحود والإنكار، وهو ما لا يتحقق مع هؤلاء، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن المجنون والمعتوه ليسا أهلين لتولي عقد زواجهما، فمن باب أولى لا يمكنهما الشهادة على زواج الغير¹، لأن فاقده الشيء لا يعطيه.

ثانياً: البلوغ: لا تصح شهادة الصبي حتى وإن كان مميزاً، وذلك نظراً لكون الصبي غير قادر على تولي عقد زواجه، فبداهة لا يمكنه أن يشهد على زواج غيره، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الغرض من الإشهاد ومراعاة لأهمية وخطورة الزواج، هو الإعلان والتكريم، وهو ما لا يتحقق مع الصبيان².

ثالثاً: التعدد: وأقله اثنان، وهو شرط باتفاق الفقهاء، وذلك للحديث: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"³، ومنه لا يصح الزواج كأصل بشاهد واحد، وللأحناف في هذه المسألة تفصيل، حيث ذكروا أن من أمر رجلاً بأن يزوج ابنته الصغيرة، فزوجها والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما، جاز النكاح؛ لأن الأب يجعل مباشراً للعقد لاتحاد المجلس، ويكون الوكيل سفيراً ومعبراً

¹ وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 73.

² المرجع نفسه، ص. 74.

³ محمد بن حبان البستي، صحيح بن حبان، الجزء التاسع، كتاب: النكاح، باب: الولي، حديث رقم 4075، ص. 387.

فيبقى المزوج شاهداً، أما إذا كان الأب غائباً، فلا يجوز الزواج؛ لأن المجلس مختلف، فلا يمكن أن يجعل الأب مباشراً، ومتى زوج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد؛ فإن كانت حاضرة جاز ذلك، وإن كانت غائبة لم يجز. مع الملاحظ أنه لا يصح الزواج بشهادة الله ورسوله، بل قد يكفر الفاعل لاعتقاده أن الرسول صلى الله عليه وسلم يعلم الغيب¹.

رابعاً: الذكورة: وقع الخلاف في شرط الذكورة بين جمهور الفقهاء والأحناف، حيث يذهب الجمهور إلى القول باشتراط الذكورة في الشاهدين، إذ لا تصح عندهم الشهادة في الزواج بالنساء فقط، ولا حتى برجل وامرأتين²، وحثهم في ذلك أن الزواج عقد على درجة من الخطورة والأهمية، ويقتصر الحضور فيه عادة على الرجال دون النساء، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن شهادة النساء المشار إليها في مختلف الأدلة، تقتصر على المعاملات المالية، وفي هذا يقول الزهري: "مضت السنة ألا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق"³.

أما الأحناف، فقد خالفوا الجمهور، وذلك بالقول بجواز شهادة رجل وامرأتين في الزواج كما هي جائزة في المعاملات المالية، لأن المرأة إن لم تقبل شهادتها في الحدود والقصاص فلشبهة فيها بسبب احتمال النسيان والغفلة وعدم التثبيت، والحدود تدرأ بالشبهات، وهذه العلة غير متوفرة في الزواج⁴.

خامساً: الحرية: على غرار شرط الذكورة، وقع الخلاف الفقهي حول مدى اشتراط الحرية لصحة الشهادة واعتبارها، ولكن هذه المرة بين جمهور الفقهاء والحنابلة، حيث يذهب الجمهور

¹ كمال الدين محمد السيواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ص. 356.

² عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1984، ص. ص. 41-42.

³ عبد الرزاق بن همام الصنعاني، مصنف عبد الرزاق، الجزء الثامن، كتاب: الشهادات، باب: هل تجوز شهادة النساء مع الرجال في الحدود وغيرها، حديث رقم 15403، ص. 329.

⁴ علاء الدين الكاساني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 252.

إلى اشتراط حرية الشاهدين، إذ لا تقبل عندهم شهادة العبيد، لأن الشهادة من الولايات، وليس للعبيد ولاية على نفسه حتى تكون له ولاية على غيره¹.

أما الحنابلة، فذهبوا مذهباً مغايراً، وذلك بالقول بقبول شهادة العبيد، طالما لم يثبت نفيها في كتاب أو سنة أو إجماع، وفي هذا يقول أنس بن مالك: "ما علمت أحداً رد شهادة العبد والله يقبلها على الأمم يوم القيامة، فكيف لا تقبل هنا؟ وتقبل روايته في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم إذا كان عدلاً ثقة، فكيف لا تقبل فيما دون ذلك؟ والمعول عليه في الشهادة الثقة بخبر الشاهد، فإذا كان العبد ثقة عدلاً فتقبل شهادته².

سادساً: العدالة: يقصد بالعدالة الاستقامة واتباع تعاليم الدين، فهي عكس الفسوق والانحراف، وقد كانت محل خلاف فقهي بين جمهور الفقهاء والأحناف، حيث يرى الجمهور أن الشهادة لا تصح إلا بالعدالة ولو كانت ظاهرة، وذلك بأن يكون الشاهد مستور الحال من الفسوق والانحراف، ودليلهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"³، وأن الشهادة تشترط في الزواج إكراماً له، والفاسق أهل للمهانة لا أهل للكرامة، في حين ذهب الأحناف إلى إسقاط هذا الشرط، إذ تصح عندهم شهادة الفاسق، طالما أن الشهادة من الولاية، والفاسق أهل للولاية⁴.

سابعاً: الإسلام: يتفق الفقهاء على اشتراط الإسلام في الشاهدين إذا كان الزوجان مسلمين يقينا لا ظاهراً، وحجتهم في ذلك أن الشهادة ولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم، لقوله تعالى: "وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا"⁵، أما إذا كان الزوج مسلماً والزوجة ذمية،

¹ علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص. 255. محمد بن رشد، المرجع السابق، ص. 15. إبراهيم شيرازي، المرجع السابق، ص. 40.

² منصور البهوتي، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص. 65.

³ محمد ابن حبان البستي، صحيح ابن حبان، الجزء التاسع، كتاب: النكاح، باب: الولي، حديث رقم 4075، ص. 387.

⁴ راجع بخصوص الخلاف الفقهي حول هذا الشرط وما تعلق به من مراجع: إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص. 209.

⁵ سورة النساء، الآية 141.

صحت شهادة ذميين اثنين عند الأحناف، أما إذا كانت الزوجة مسلمة، فلا تقبل إلا شهادة المسلم، أما إذا كان الزوجان غير مسلمين، فتقبل شهادة الكتابيين عند الأحناف¹.

ثامنا: البصر: لا تقبل شهادة الأعمى عند الشافعية في الأصح، لأن الأعمى لا يستطيع التمييز بين المدعي والمدعى عليه عند الحاجة إلى شهادته، أما الجمهور فلا يشترطون البصر لصحة الشهادة، إذ تقبل عندهم شهادة الأعمى، طالما كان قادرا على سماع كلام العاقدين وتمييز صوتيهما².

تاسعا: سماع الشهود كلام العاقدين وفهم المراد منه: يعتبر شرطا عند أكثر الفقهاء، فلا تصح عندهم شهادة الأصم ومن في حكمه كالنائم والسكران الذي لا يعي ما يسمع ولا يتذكره بعدما يصحو، كما لا يعتد بشهادة غير العربي في عقد بالعربية إذا كان لا يتحكم في اللغة العربية، وهو الرأي الراجح عند الأحناف³.

ولعل الإشكال الذي تثيره هذه الشروط هو: هل هي مشترطة في الشهادة عند إبرام العقد، أم أنها مشترطة كذلك في الشهادة عند الدخول؛ أي الإعلان، لأن المذهب المالكي يعتد بالشهادة عند الدخول كما ذكرنا سابقا، فهل يكفي في الإعلان شاهدان اثنان، أم أنه لا بد من عدد أكبر، وهل يشترط في هؤلاء الشهود من عدالة وإسلام وذكرورة ما يشترط في الشاهدين على العقد؟

¹ علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص. ص. 253-254.

² وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 76.

³ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 54.

الفرع الثاني: شروط الشهود في التشريع الجزائري

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من شروط الشهادة، فيتضح من خلال نصوص قانون الأسرة ذات الصلة، أن المشرع لم ينص على كل هذه الشروط، بل اكتفى ببعضها فقط، خاصة وأنه لم يخصص مواد معينة للشهادة في الزواج، بل اقتصر تنظيمه لهذه المسألة على ما جاء في المادة 9 مكرر، عندما ذكر الشهادة ضمن شروط الزواج، والمادة 33 التي تناولت مصير الزواج الذي خلا فيه أحد هذه الشروط.

وعليه، تتحصر الشروط التي أخذ بها المشرع فيما يلي:

أولاً: الأهلية: ويقصد بها البلوغ والعقل، إذ لا تقبل شهادة القصر ومن في حكمهم في الزواج، وهو الشرط المنصوص عليه في المادة 33 من قانون الحالة المدنية: "يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين سن 19 سنة على الأقل..."، ولأن الزواج من عقود الحالة المدنية، فهو أولى أن ينطبق عليه هذا النص.

ثانياً: التعدد: ويفهم هذا الشرط من عبارة "شاهدان" المذكورة في المادة 9 مكرر، إذ لا تكفي شهادة شخص واحد في عقد الزواج.

ثالثاً: الذكورة: رغم أن المحكمة العليا قررت هذا الشرط في قرارها المؤرخ في 15-12-1986 بالقول إن الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين¹، لتوافق بذلك رأي جمهور الفقهاء في المسألة، إلا أن قانون الحالة المدنية نص في المادة 33 منه: "يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين سن 19 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون تمييز فيما يخص الجنس"، وهو ما يوحي بأن المشرع لم يشترط الذكورة لصحة الشهادة في الزواج، ومن ثم يكون قد خالف أحكام الفقه الإسلامي الغالب في المسألة، لأنه إذا كانت تقبل شهادة النساء في الولادة والرضاع مراعاة لطابعهما الخاص، بحيث لا يطلع

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15-12-1986، ملف رقم 43889، م.ق، 1993، عدد 2، ص. 37.

عليهما في الغالب الأعم إلا النساء، فإنه من الغريب أن يقرر المشرع هذا الحكم فيما يخص عقود الزواج¹.

ويبدو لنا أن هذا الطرح مردود وغير سديد، لأن المشرع قد يكون قصد من خلال عبارة "دون تمييز فيما يخص الجنس" عدم التمييز بين الرجل والمرأة في السن المشترطة لقبول الشهادة، لأنه كان في السابق يتم التمييز بين الجنسين في السن اللازمة لإجراء بعض التصرفات القانونية، ومن بينها عقد الزواج قبل تعديل سنة 2005، أين كان يشترط 21 سنة للرجل و18 سنة للمرأة، فأراد المشرع التأكيد بأنه لم يعد هناك تمييز بين الرجل والمرأة في مسألة الأهلية والسن اللازمة للقيام بالتصرفات القانونية، وبذلك يكون المشرع قد قصد الأخذ برأي الأحناف؛ أي بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وليس بشهادة النساء فحسب.

أما الشروط الأخرى، فلم يذكرها المشرع لا ضمن قانون الأسرة، ولا ضمن قانون الحالة المدنية، رغم أنها مقررة ومعترف بها لدى مختلف المذاهب الفقهية، وهو ما يدفع إلى التساؤل عما إذا كان المشرع قد قصد استبعاد هذه الشروط من التطبيق، أم أنه لم يقصد ذلك؟

ولأن الشروط المشار إليها أعلاه لم يذكرها المشرع في نص واحد، وإنما ضمن نصوص متناثرة هنا وهناك، فإن قاعدة "الاكتفاء في معرض الحاجة إلى التفصيل دلالة على الحصر" لا تصلح للتطبيق في هذا المقام، ومن ثم، فإن المشرع بسكوته عن هذه الشروط، يكون قد قصد الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 ق.أ، وهو الأرجح في اعتقادنا، وهو طرح يزيل الإشكال المشار إليه أعلاه بخصوص شرط الذكورة، لأن المادة 222 أحالت مباشرة على أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما هو مسكوت عنه في قانون الأسرة، وبالتالي تكون أحكام الشريعة الإسلامية أولى بالتطبيق من أحكام قانون الحالة المدنية، والراجح في الشريعة الإسلامية اشتراط الذكورة وفق التفصيل المشار إليه أعلاه.

¹ عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص. ص. 41-42.

المطلب الرابع

الأثر القانوني المترتب على تخلف الشهادة في الزواج

جاء في نص المادة 33 ق.أ: "... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل".

يلاحظ من خلال هذا النص، أن المشرع ميز فيما يخص الأثر القانوني المترتب على تخلف الشهادة بين مرحلتين وهما: قبل الدخول، وبعد الدخول، فأقر قبل الدخول فسخ العقد ولا صدق فيه، أما بعد الدخول، فرتب إمضاء العقد، ولكن بصدق المثل لا بالصدق المسمى، ولعل عدم الاعتداد بالصدق المسمى في العقد، هو أن العقد الخالي من الشهادة عقد فاسد، ومن ثم لا يعتد بالصدق المسمى في عقد فاسد، وإن كان الأخرى أن يعتد المشرع بالصدق المسمى في العقد، طالما أنه نص على إمضائه، فكان الأولى أن يأخذ بعين الاعتبار الصدق المسمى في العقد.

غير أن الإشكال يبقى مطروحا حول ما إذا كان الزواج الخالي من الشهادة يأخذ حكم الزواج السري أم لا؟ خاصة وأن المشرع لم يشترط الإعلان عند الدخول، وبالتالي يكون الزواج خال من الشهادة عند الإبرام وعند الدخول، مع العلم أن الفقه الاسلامي وخاصة المذهب المالكي يقول بفسخ الزواج السري، بل ويقرر له حد جريمة الزنا إن ثبت الوطء بإقرار من الطرفين أو بشهادة أربعة شهود¹.

ونخلص من خلال عرضنا لمختلف العناصر والجزئيات المتعلقة بعنصر الإشهاد، أن مبدأ سلطان الإرادة يكاد يكون منعدما، وذلك لارتباط الشهادة بفكرة النظام العام، ولكونها من الشروط الشكلية في عقد الزواج، والمعروف أن الشروط الشكلية تأتي دائما مقيدة للإرادة، فدور الإرادة في مسألة الشهادة لا يكاد يظهر إلا في مواضع محددة جدا، كإمكانية الخيار بين

¹ محمد الحطاب، المرجع السابق، ص. 80.

الإشهاد أثناء إبرام العقد أو أثناء الدخول، وهو اتجاه المذهب المالكي، مع أن المشرع لم يأخذ به، وإنما أخذ في المسألة برأي الجمهور، وبالتالي يتقلص دور الإرادة في مسائل الشهادة لصالح فكرة النظام العام في إطار البعد النظامي غير التعاقدية.

الفصل الثالث
الشروط الاتفاقية
في عقد الزواج

الفصل الثالث

الشروط الاتفاقية في عقد الزواج

رغم كون الشروط الاتفاقية لا تندرج ضمن شروط صحة الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، إلا أنه قد يتفق الطرفان على إدراجها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، ومتى حصل ذلك، وجب على الملتزم بهذه الشروط الوفاء بها متى كانت معتبرة شرعا وقانونا، ويتعلق الأمر في هذا المقام بالاشتراطات المنصوص عليها في المادة 19 ق.أ (المبحث الأول)، والاتفاقات المالية المنصوص عليها في المادة 37 (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الاشتراط في عقد الزواج

الأصل في الآثار المترتبة على عقد الزواج من حقوق والتزامات أنها آثار ذات طابع نظامي غير تعاقدي، إلا في جوانب محدودة، غير أنه بالإضافة إلى هذه الآثار، أجازت الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة ترتيب آثار قانونية بمحض إرادة طرفي العقد، بحيث تكون لها نفس القيمة القانونية للالتزامات النظامية، مع مراعاة الاختلافات الفقهية في المسألة.

غير أنه، ونظرا للطابع الاستثنائي والخاص لهذه الشروط، فإنه قد تم تقييدها بضوابط معينة، مراعاة لخصوصية وقدسية عقد الزواج من جهة، وأخذا بعين الاعتبار لمضامين هذه الشروط التي قد تتوافق وقد لا تتوافق مع مقاصد الزواج من جهة أخرى.

لأجل ذلك، نحاول التطرق إلى هذا الموضوع في ثلاث نقاط أساسية، وذلك من خلال تحديد مجال الاشتراطات (المطلب الأول)، والقيمة القانونية للاشتراطات (المطلب الثاني)، وإمكانية تعديل الاشتراطات ومراجعتها (المطلب الثالث).

المطلب الأول مجالات الاشتراطات

إن الشروط التي يمكن أن يضمنها الزوجان في العقد غير قابلة للحصر، فهي واسعة اتساع مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، وكذا أغراض الناس وحوائجهم، غير أن الاشتراط في عقد الزواج مقيد بضوابط محددة، إذ ليست كل الشروط المتضمنة في العقد تؤخذ بعين الاعتبار.

والحاصل، أن الشروط التي يمكن أن تدرج في العقد تنقسم في الغالب الأعم إلى ثلاثة أصناف، مع مراعاة بعض الاختلافات الفقهية في المسألة؛ أولها: شروط مخالفة لمقتضى العقد وربما لمقاصد الشريعة الإسلامية، وثانيها: شروط مؤكدة لمقتضى العقد، وثالثها: شروط لا هي من مقتضى العقد ولا هي مخالفة له.

ولتحديد مجال الاشتراطات، نحاول أن نتطرق إلى ذلك في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثم في التشريع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مجال الاشتراط في الفقه الإسلامي

وقع الخلاف بين المذاهب الفقهية حول مجال الاشتراط، ولكل مذهب اتجاه معين في المسألة، وذلك وفق ما يلي:

أولاً: مجال الاشتراط في المذهب الحنفي

الاشتراطات في المذهب الحنفي إما أن تكون صحيحة، وإما أن تكون فاسدة، ولكل منها أحكامه الخاصة¹.

¹ محمد أمين بن عابدين، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 405.

1- **الشروط الصحيحة:** وهي تلك التي تلائم مقتضى العقد، ولا تتنافى أحكام الشرع، ومثالها أن تشتت المرأة السكن المنفرد، فمثل هذه الشروط يكون الوفاء بها واجبا على من اشترطت في حقه¹.

2- **الشروط الفاسدة:** هي التي لا تلائم مقتضى العقد، أو لا تجيزها أحكام الشرع، ومصيرها البطلان، مع الحفاظ على صحة العقد، ولا يلزم الوفاء بهذه الشروط، ومثالها أن تشتت الزوجة على زوجها أن يطلق ضررتها².

ثانيا: مجال الاشتراط في المذهب المالكي

على غرار المذهب الحنفي، يقسم المذهب المالكي الشروط المقترنة بعقد الزواج إلى شروط صحيحة، وشروط فاسدة³.

1- **الشروط الصحيحة:** وهي إما أن تكون مكروهة، أو غير مكروهة:

أ- **الشروط غير المكروهة:** وهي الشروط التي تتفق مع مقتضى العقد، كأن تشتت الزوجة حسن المعاشرة والإنفاق عليها، فهذه الشروط صحيحة واجب الوفاء بها، مع أنه لا حاجة لاشتراطها، طالما أنها من مقتضيات العقد أصلا، فهي تترتب على العقد حتى وإن لم يشترطها أحد، وذلك إعمالا للبعد النظامي لآثار عقد الزواج، وإن تم اشتراطها في العقد، فلا حرج في ذلك، وتبقى من باب التأكيد فقط.

ب- **الشروط المكروهة:** هي الشروط التي لا تتنافى العقد، ولكن قد يكون فيها نوع من التضيق والتحجير على من اشترطت في حقه، كاشتراط الزوجة على زوجها عدم التعدد، أو عدم السفر، وهذه الشروط ورغم كونها صحيحة عند المالكية، إلا أنها غير ملزمة، ما لم يكن فيها يمين بعثق أو طلاق.

¹ كمال الدين محمد السيواسي، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص. 333.

² عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الجزء الأول، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ص. 19.

³ محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص. ص. 218-220.

2- **الشروط الفاسدة:** وهي تلك التي تنافي مقتضى العقد والمقصود من الزواج أصلاً، ومثالها اشتراط الزوجة تفضيلها على ضررتها في المبيت أو النفقة، أو أن يشترط الزوج على زوجته ألا نفقة، فهذه الشروط يترتب عليها فسخ العقد قبل الدخول، وإمضائه بعد الدخول، مع إلغاء الشروط واستحقاق مهر المثل. غير أن المالكية فيما يخص شرط جعل المرأة أمرها بيدها، ميزوا بين حالتين، تتمثل الأولى في تعليق أمر طلاقها بيدها على سبب يأتي من الزوج، فهذا الشرط جائز ويلزم به الزوج، وتتمثل الثانية في تعليق أمر طلاقها بيدها على سبب يأتي من الغير، وهنا يسقط الشرط ويصح العقد¹.

ثالثاً: مجال الاشتراط في المذهب الشافعي²

الشروط الصحيحة عندهم هي التي توافق مقتضى العقد، كالنفقة والقسم بين الزوجات، وكذا الشروط التي لا توافق مقتضى العقد، ولكنها من غير فائدة، وفي كلتا الحالتين يلغى الشرط ويصح النكاح والمهر.

أما الشروط الفاسدة، فهي التي تخالف مقتضى العقد، ولكنها لا تخل بمقصوده الأصلي وهو الوطء والاستمتاع، ومثالها اشتراط المرأة عدم التعدد، أو ألا ينقلها من بلدها، وفي مثل هذه الحالات يصح النكاح ويفسد الشرط ويفسد معه المهر.

أما إذا كان الشرط الفاسد يخل بمقصود الزواج الأصلي وهو الوطء بأي صورة من الصور، كأن تشترط ألا يطأها إلا ليلاً، فهذا شرط يمنع الزوج من حقه الشرعي، ويبطل معه الشرط والزواج، أما إذا اشترط الزوج ألا يطأها، فقد ترك ما يمكن تركه، ولا يبطل به العقد.

¹ محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص. 219.

² الخطيب الشربيني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص. 226 وما بعدها. إبراهيم شيرازي، المرجع السابق، ص. 47.

رابعاً: مجال الاشتراط في المذهب الحنبلي¹

الشروط الصحيحة عند الحنابلة هي التي تكون من مقتضيات العقد، أو لا تكون كذلك، ولكن فيها منفعة لأحد العاقدين، ولم يرد في الشرع ما نهى عنها لا في أحكام الزواج ولا في أحكام أخرى، ومثالها أن تشترط المرأة على زوجها أن ينفق عليها، أو أن يحسن معاشرتها، أو ألا يتزوج عليها، ومثل هذه الشروط عند الحنابلة صحيحة ويلزم الوفاء بها، طالما أن فيها منفعة وفائدة، وطالما لم تخالف مقتضى العقد وأحكام الشرع، مع أنه لا حاجة للشروط التي يقتضيها العقد، لأن العقد سوف يرتبها تلقائياً دون حاجة إلى تضمينها في العقد.

أما الشروط غير الصحيحة، فهي التي تخالف مقتضى العقد، أو ورد في الشرع نهى عنها، وهي إما أن تؤدي إلى بطلان الشرط دون العقد، وإما أن تؤدي إلى بطلان الشرط والعقد معاً:

1- ما يبطل به الشرط دون العقد: ومثاله أن يشترط الرجل عدم المهر، أو عدم النفقة، أو أن تشترط المرأة عدم الوطاء، أو تطليق ضررتها، فهذه الشروط تقع باطلة دون أن تؤثر في صحة العقد، وذلك إما لأنها تتضمن إسقاط حقوق تعتبر من مقتضيات العقد، وإما لنهي الشرع عنها كاشتراط تطليق ضررتها، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها فإنما لها ما قدر لها"².

2- ما يبطل به الشرط والعقد معاً: ومثاله اشتراط تأقيت الزواج أو كما يسمى بنكاح المتعة، أو تعليق الزواج على شرط معين، أو اشتراط أن يكون صداق المرأة تزويج امرأة أخرى أو كما يسمى بنكاح الشغار، فكلها شروط تؤدي إلى بطلان العقد والشرط من باب أولى.

¹ منصور البهوتي، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص. 98 وما بعدها.

² أحمد ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، كتاب: النكاح، باب: الشروط التي لا تحل في النكاح، حديث رقم 4857، ص. 126.

وعلى الرغم من كون المذهب الحنبلي هو الأكثر اعتمادا من قبل المشرعين في هذه المسألة، ومنهم المشرع الجزائري كما سنرى لاحقا، إلا أننا نحيد في هذه المسألة قول المذهب المالكي الذي يقول بکراهة الاشتراطات التي يكون فيها تقييد وتحجير لأحد الطرفين، خاصة وأن عقد الزواج قائم على عنصر التأييد والديمومة¹، بمعنى أن العلاقة الزوجية قد يصل مداها إلى خمسين سنة أو أكثر، ولا يمكن للشخص أن يلتزم طوال هذه المدة، فالظروف والمستجدات التي قد تطرأ خلال الحياة الزوجية قد تؤدي إلى استحالة تنفيذ تلك الشروط، أو على الأقل صعوبتها وإرهاقها لكاهل الطرف الملتزم بها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن هناك الكثير من الشروط تحتاج بطبيعتها إلى ضمانات، وهذه الضمانات قد يصعب، بل قد يستحيل على الطرف الآخر تقديمها، فبالنسبة للتعدد عادة ما يكون سببه عقم الزوجة أو شدة مرضها، واشتراط الزوجة على زوجها عدم التعدد مسألة يتنازعها وجهان:

- **الوجه الأول:** أن هذا الشرط قد يلزم الزوج طوال حياته ولمدة قد تصل إلى خمسين سنة وربما أكثر، وهذا فيه نوع من التحجير عليه.

- **الوجه الثاني:** أن الزوجة غير قادرة على تقديم ضمان للزوج بعدم تعرضها لأي مرض، أو عدم فقدانها لقيمتها الجمالية، أو إنجاب الأولاد بعدد كاف يرضي الزوج.

كما لا تفوتنا الإشارة إلى أن الزواج عقد قائم على التسامح والتعاون بين الطرفين، وهو عقد أساسه المودة والرحمة، ومثل هذه الاشتراطات والتي في العادة يكون فيها إرهاب لكاهل الملتزم به من شأنها أن تحيد بهذا العقد عن طريقه الصحيح.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج

أخذ المشرع الجزائري بنظام الاشتراط في المادة 19 ق.أ، وذلك بالنص: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما

¹ محمد عليش، الشرح على حاشية الدسوقي، الجزء الثالث، ص. ص. 41-42.

شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، فالملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع، وتكريسا منه لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، أجاز للزوجين أن يضمنا عقد زواجهما ما شأوا من الشروط، شريطة ألا تتنافى وأحكام قانون الأسرة، وباستقراءنا لهذا النص، يمكن أن نسجل ثلاث ملاحظات أساسية:

- **الملاحظة الأولى:** أن المشرع لم يشترط إدراج هذه الشروط في عقد الزواج، بل أجاز إدراجها في عقد لاحق شريطة أن يكون رسميا¹، وهو ما يثير الإشكال حول القيمة القانونية للاشتراطات المدرجة في هذا الأخير مقارنة بالاشتراطات المدرجة في عقد الزواج، لأن الزواج لا ينعقد إلا بحضور شاهدين والولي، بغض النظر عما إذا كان دوره الحضور فقط، أو إبرام عقد الزواج إذا تعلق الأمر بالقاصر، ولم يشر المشرع إلى ضرورة توفر هذين الشرطين في عقد المشاركة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الإشكال يثار حول الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين أو كلاهما قاصرا: هل يشترط تدخل الولي وموافقته على هذه الاشتراطات، أم لا؟ وهل يمكن اعتبار هذه الاشتراطات، ما دامت لاحقة على عقد الزواج من قبيل التصرفات القانونية المرخص بها للقاصر القيام بها لممارسة حياته الزوجية؟

ومن جهة أخرى، فإن حديث الرسول عليه الصلاة والسلام: "أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"²، يفهم من خلاله أن هذه الشروط لا بد وأن تدرج في عقد الزواج، لأنه ربطها باستحلال الفرج، واستحلال الفرج يكون بعقد الزواج، وهو ما يثير إشكالا آخر، مفاده أن الزواج قد انعقد، فما مصيره إذا لم يوافق أحد الطرفين على شروط الطرف الآخر، خاصة بعد أن أصبح كل منهما حلالا للآخر؟ وهنا يتصور فرضين:

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 151.

² محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الجزء الثاني، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقد النكاح، حديث رقم 2572، ص. 970.

- **الفرض الأول:** أن يكون الطرفان قد اتفقا في عقد الزواج على أن الزواج لا يكتمل إلا في حالة الموافقة على الشروط المدرجة في عقد لاحق، وهنا نكون أمام زواج معلق على شرط، وهذا الزواج باطل.

- **الفرض الثاني:** عدم اتفاق الطرفين في عقد الزواج على إلحاقه بعقد يتضمن شروط كل طرف، في هذه الحالة يكون الزواج قد انعقد، ويكون كل من الزوجين قد أصبح حلالا للآخر، وإن حصل ولم يوافق أحد الطرفين على شروط الطرف الآخر، فما عليه إلا التسليم بالأمر الواقع، أو اللجوء إلى إنهاء الرابطة الزوجية وفق الطرق المقررة قانوناً¹.

- **الملاحظة الثانية:** الشروط المذكورة في المادة 19 جاءت على سبيل المثال لا الحصر، وذلك من خلال استعمال عبارة "لا سيما"، وتأكيدها بالذات راجع إلى شيوعها وكثرة تضمينها في عقود الزواج².

- **الملاحظة الثالثة:** اشترط المشرع في الشروط المقترنة بعقد الزواج ألا تكون مخالفة لأحكام قانون الأسرة وخاصة أحكام الزواج، مع أن المشرع لم يذكرها تحديداً وحصراً، مما يعني أن الأحكام الأخرى المتضمنة في قانون الأسرة هي الأخرى محل اعتبار، غير أن الإشكال المطروح هو أن هناك الكثير من المسائل المسكوت عنها في هذا القانون، مما يستدعي من القاضي العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى الإحالة الواردة في المادة 222 ق.أ، باعتبار هذه المادة تدخل في عموم عبارة نص المادة 19 "أحكام هذا القانون"، وهنا يجد القاضي نفسه أمام أربعة مذاهب، ولكل مذهب قول معين في المسألة، ومن هنا يطرح الإشكال ما إذا كان القاضي ملزماً بالتقيد بالمذهب الذي يوافق مقتضى المادة 19 التي أجازت اشتراط عدم التعدد وعمل المرأة أم لا؟ خاصة وأن الظاهر من خلال ذكر هذين الشرطين أن المشرع إنما أراد الأخذ بالمذهب الحنبلي في المسألة.

¹ أي الطلاق، والتطليق، والخلع، والطلاق بالتراضي: الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 175 وما بعدها.

² المرجع نفسه، ص. ص. 127-128.

المطلب الثاني

القيمة القانونية للاشتراطات

لم يشر المشرع في المادة 19 ق.أ إلى القيمة القانونية للاشتراطات، إذ نص على إمكانية الاشتراط وعلى ضرورة عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة، دون أن يشير إلى الطابع الملزم لهذه الشروط، وهو ما يعني أن المشرع إنما أراد تطبيق أحكام النظرية العامة للالتزام في المسألة، فالأصل أن الشرط متى كان صحيحا -على الأقل في نظر المشرع- فإن الوفاء به واجب على من التزم به، تطبيقا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"¹.

أما عن الجزاء المترتب على فساد الشرط، فقد نص المشرع في المادة 35 ق.أ: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه، كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"، وإن كان على المشرع ألا يطلق هذا النص، لأن هناك بعض الشروط لا بد وأن تؤدي إلى بطلان العقد، كاشتراط تأقيت الزواج (زواج المتعة)، هذا من جهة²، ومن جهة أخرى، فإن الحكم الوارد في المادة 35 ق.أ، ينطبق فقط على الشروط التي تنافي العقد، دون الشروط التي تنافي الشرع، كاشتراط المرأة على الرجل تطبيق ضررتها، وهي ملاحظات تستدعي تدخل المشرع لإعادة صياغة نص المادة 35.

غير أن المشرع تناول الجزاء المترتب على الشروط المنافية لعقد الزواج في موضع آخر، وذلك في نص المادة 32 ق.أ، التي نصت على أنه: "يبطل الزواج إذا اشتمل على على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، حيث رتب المشرع بموجب هذا النص بطلان العقد، ولم يكتف ببطلان الشرط، وهو ما من شأنه أن يثير إشكالا بخصوص النص الواجب التطبيق؛ هل هو نص المادة 32، أم نص المادة 35؟ ما دام الجمع بينهما أمر لا يستقيم، مع أننا نميل إلى

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 359 وما بعدها.

² محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص. 140.

تطبيق حكم المادة 35 بدل الحكم الوارد في المادة 32، وذلك بإبطال الشرط دون العقد متى كان ذلك ممكناً، وهو ما من شأنه ضمان استمرار العلاقة الزوجية واستقرار الأسرة.

وتأكيداً منه لإلزامية الاشتراطات المعتبرة في عقد الزواج، اعتبر المشرع في المادة 9/53 مخالفة الشروط المنفق عليها في عقد الزواج سبباً للتطليق، إذ يمكن للزوجة أن تتأسس في طلبها التطليق على إخلال الزوج بالشروط المقترنة بعقد الزواج¹، وهو ما يعني استنتاجاً أنه بإمكان الزوج أن يؤسس طلاقه على إخلال الزوجة بالشروط التي التزمت بها في عقد الزواج، ويكون طلاقه مبرراً بما يترتب على ذلك من آثار قانونية.

لأجل ذلك، يرى الباحث أن الاشتراطات لا يمكن أن تكون إلا في الأمور المباحة ذات الطابع الدنيوي الصرف، ويشترط ألا تكون التزاماً مدى الحياة، وألا تكون كذلك مرهقة لمن التزم بها.

المطلب الثالث

تعديل الاشتراطات ومراجعتها

إن اعتبار العقد مصدراً للالتزام، يقتضي أن تكون الآثار القانونية المترتبة عليه ملزمة لكلا الطرفين، بحيث لا يمكن لأحد المتعاقدين نقض، أو تعديل العقد، أو التنصل من الالتزام الملقى على عاتقه، إلا باتفاق مع الطرف الآخر، وذلك تطبيقاً للقاعدة المعروفة "العقد شريعة المتعاقدين"، غير أن هناك بعض الاعتبارات تستدعي الخروج عن هذه القاعدة بصورة أو بأخرى، ولعل الاشتراطات المقترنة بعقد الزواج، تعد مجالاً خصباً لتطبيق مثل هذه الاستثناءات وهي: تحريم الالتزام مدى الحياة (الفرع الأول)، ونظرية الظروف الطارئة (الفرع الثاني).

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. ص. 206-207.

الفرع الأول: تحريم الالتزام مدى الحياة

يتجه المشرع من خلال الأحكام النازمة للعقد في القانون المدني إلى تضيق مجال الالتزام مدى الحياة في عدة مواضع، وذلك لكونه يتنافى وحرية الفرد، التي تعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية¹، فإذا كانت العقود الفورية التي لا يعتبر عنصر الزمن فيها محل اعتبار لا تثير إشكالا بخصوص هذه المسألة، فإن الأمر غير كذلك عندما يتعلق الأمر بالعقود المستمرة التي قد تطول مدتها، بل قد تمتد إلى غاية وفاة الشخص، لأجل ذلك جعل المشرع بعض العقود قابلة للإنهاء من طرف واحد، ودون رضا الطرف الآخر²، مثلما نصت عليه المادة 440 ق.م: "تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء، إذا كانت مدتها غير معينة...". وفي موضع آخر، نصت المادة 2/546: "... فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية، جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي وقت...".

ولأن عقد الزواج يتنافى وعنصر التأقيت، فهو عقد يقوم على خاصية الديمومة والتأبيد، فهو يعد مجالا خصبا لتطبيق هذا الاستثناء، إذ كان على المشرع أن ينص على إمكانية إنهاء الالتزام المترتب على عاتق أحد طرفي العقد متى كان هذا الالتزام غير محدد المدة أو التزاما مدى الحياة، ذلك أن الاشتراطات المقترنة بعقد الزواج عادة ما ترتبط بهذا الأخير وجودا وعدما، فإذا استمرت العلاقة مدة خمسين سنة، بقي الزوج ملتزما طوال هذه المدة، وهذا ليس في مصلحة أحد³.

غير أن الإشكال يبقى مطروحا عما إذا كان من السهل إنهاء الالتزامات المترتبة على الاشتراطات المقترنة بعقد الزواج ودون المساس بعقد الزواج، خاصة وأن المسألة تتعلق

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 97. محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق، ص. 115.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 362.

³ أحمد الخليلي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، الجزء الأول: الزواج، منشورات المعارف، دار نشر المعرفة، الرباط، 2012، ص. 269.

باستحلال الفروج، وذلك لحديث الرسول عليه الصلاة والسلام: "أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج"¹، مع أننا نعتقد أن التمييز الذي أشرنا إليه في فقرة سابقة قد تكون له أهمية في هذه المسألة، فالاشتراطات التي يتضمنها عقد الزواج من غير السهل التحلل منها دون التحلل من العقد بأكمله، خاصة وأن النصوص المشار إليها أعلاه لا تشير إلى التحلل من التزام فقط، بل تشير إلى التحلل من العقد ككل، أما إذا كانت الاشتراطات متضمنة في عقد مستقل لاحق لعقد الزواج، فنرى أن التحلل منها لا يوجب التحلل من عقد الزواج بالضرورة.

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة

تعتبر هذه النظرية خروجاً عن مبدأ سلطان الإرادة، وتراجعا للقوة الملزمة للعقد، وهي نظرية اعتمدت لأول مرة في القانون الدولي، ومفادها أن تراضي المتعاقدين مشروط باستمرارية الظروف التي تم فيها التعاقد، ومتى تغيرت تلك الظروف، وجب تغيير الالتزامات وفق ما يتماشى مع المستجدات².

أما في القانون الخاص، فلا زال المشرعون يراودهم الخوف والتردد من اعتماد هذه النظرية، ومع ذلك، فقد أخذ بها المشرع الجزائري ضمن مقتضيات المادة 3/107 ق.م³، وتعتبر الاشتراطات المقترنة بعقد الزواج مجالا خصبا لتطبيق هذه النظرية.

ولأنها نظرية فيها خروج عن القواعد العامة، فقد قيدها المشرع بضرورة توفر جملة من الشروط (أولا)، كما بين كيفية مراجعة التزامات المتعاقدين وإعادتها إلى التوازن المعقول (ثانيا).

¹ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الجزء الثاني، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقد النكاح، حديث رقم 2572، ص. 970.

² جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1983، ص. 35.

³ تنص المادة 3/107 ق.م: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

أولاً: شروط تطبيق النظرية

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع حادث طارئ (1)، يصبح معه الملتزم مرهقاً (2).

1/ وقوع حادث طارئ:

ينصرف مفهوم الحادث الطارئ إلى أي حدث مهما كانت طبيعته، اقتصادي، أو اجتماعي، أو سياسي، أو قانوني، أو غير ذلك من الظروف¹، ولكي يعتبر كذلك، لا بد أن تتوفر فيه ثلاث خصائص:

أ- **حادث استثنائي:** ويعتبر كذلك إذا كان غير مألوف ونادر الوقوع، إذ لا يقع إلا في ظروف غير عادية، ومثاله الفيضان، والوباء، والحرب، وغير ذلك²، مع أن الفقهاء اختلفوا فيما إذا كان يشترط الطابع الاستثنائي في الحادث نفسه أم في الآثار المترتبة عليه، لأن هناك بعض الأحداث تعتبر عادية، ولكن النتائج المترتبة عليها تعتبر غير كذلك³، ومثاله تعديل القوانين، فهو حدث مألوف، لكنه قد يرتب آثاراً قانونية غير مألوفة، خاصة إذا كانت التعديلات مهمة وجوهرية.

ب- **حادث غير متوقع:** تعتبر هذه الخاصية مكملة للخاصية الأولى ومؤكدة لها، لأن الحادث الاستثنائي هو نفسه الحادث غير المتوقع، وهي خاصية تثير نفس الإشكال المشار إليه أعلاه: هل العبرة بعدم توقع الحادث في حد ذاته، أم أن العبرة بعدم توقع نتائج الحادث؟ لأنه إذا كان

¹ علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 373.

² علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 99.

³ جميلة بولحية، المرجع السابق، ص. 113.

الحادث غير المتوقع لا يرتب إلا نتائج غير متوقعة، فإنه قد تترتب نتائج غير متوقعة على حادث متوقع¹.

ومن جهة أخرى، يثار الإشكال حول المعيار المعتمد في تقدير الطابع غير المتوقع للحادث: هل هو المعيار الشخصي أو المعيار الموضوعي؟

بغض النظر عن الجدل الفقهي حول هذه المسألة، يبدو أن المعيار الملائم هو المعيار الموضوعي، أي معيار الرجل المعتاد، وذلك تماشيا مع نظرية الظروف الطارئة التي تقوم على أساس موضوعي، خلافا لنظرية القوة القاهرة التي تقوم على معيار ذاتي².

ج- حادث عام: يكون الحادث عاما إذا كان يمس كافة الناس أو فئة معينة منهم، ولا يقتصر على المتعاقد وحده، وهو ما يميز الحادث الطارئ عن القوة القاهرة التي تعتبر حادثا فرديا يخص المتعاقد دون غيره³.

2- إرهاب الملتزم:

لكي يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لا بد أن يصبح الالتزام الملقى على عاتق المتعاقد مرهقا بسبب الحادث الطارئ، ويكون الالتزام مرهقا متى كان فيه تهديدا للملتزم بخسارة فادحة نظرا للتفاوت بين التزامات المتعاقدين، وهو ما يثير مسألة المعيار المعتمد في تقدير الإرهاب (أ)، وكذا مقدار التفاوت المعتبر (ب).

¹ Pierre Voirin, de l'imprévision dans les rapports de droit privé, Thèse, Nancy, Paris, 1974, p. 146.

² أحمد آيت وعلي، نظرية عدم التوقع في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1982، ص. 59.

³ جميلة بولحية، المرجع السابق، ص. 6 وما يليها.

أ- معيار تقدير الإرهاق:

إن الكلام عن المعيار المعتمد في تقدير إرهاق الالتزام يقتضي منا الإجابة على التساؤل التالي: هل المعيار المعتمد في تقدير الإرهاق هو المعيار الذاتي أو المعيار الموضوعي، بمعنى هل يقاس الإرهاق بالنظر إلى الملتزم، أي عدم قدرة هذا الأخير على تحمل الالتزام، بما يعني أنه إذا كان المدين غير قادر على تحمل الالتزام، كان الالتزام مرهقا، ومتى كان قادرا على تحمله، كان غير مرهق، بغض النظر عن درجة التفاوت بين التزامات المتعاقدين، أم أن الإرهاق يقاس بناء على المعيار الموضوعي، فمتى كان مقدار التزامات أحد الطرفين يفوق بكثير مقدار التزامات الطرف الآخر، كان الالتزام مرهقا بغض النظر عن قدرة هذا الأخير على تحمل هذه الالتزامات من عدمها، والعكس بالعكس¹؟

والحق أن هذا الوضع كثير الوقوع في الاشتراطات المقترنة بعقد الزواج، إذ يحصل في الغالب أن تشترط الزوجة اشتراطات ليس لها أي مقابل أو ضمان، وهو ما يعد إرهاقا لكاهل الرجل، وزيادة في مسؤولياته وواجباته الزوجية.

ب- مقدار الإرهاق المعتبر:

بالرجوع إلى أحكام المادة 107 ق.م، نجد أن المشرع لم يحدد نسبة معينة للتفاوت في التزامات الطرفين حتى تتم مراجعة العقد، واكتفى بوصف هذا الإرهاق بأنه خسارة فادحة، وهو ما يفسح المجال أمام القاضي لإعمال سلطته التقديرية، وتحديد ما إذا كان الالتزام مرهقا أم لا،

¹ أحمد آيت وعلي، المرجع السابق، ص. 66. والظاهر أن المعيار الموضوعي أكثر تحقيقا للعدالة بين المتعاقدين من المعيار الذاتي.

وبالتالي ما إذا كان من الضروري مراجعة العقد، أم لا، خاصة من خلال توظيف عبارة "تبعاً للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين"¹.

ثانياً: آثار تطبيق النظرية

يترتب على توافر الشروط المشار إليها أعلاه أن يكون القاضي ملزماً برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك وفق ما يراه مناسباً، ووفق سلطته التقديرية، مع أن المشرع استعمل في المادة 107 عبارة "جاز للقاضي"، وهي عبارة نرى أنها في غير محلها، إذ لا يعقل أن تتوفر شروط نظرية الظروف الطارئة، ثم يمتنع القاضي عن مراجعة العقد، وإحلال التوازن المعقول بين التزامات المتعاقدين.

والحاصل، أن مراجعة العقد تتم وفق ثلاث صور أساسية، نشير إليها فيما يلي:

1- إنقاص التزامات المدين: ويكون بإعفائه من تنفيذ جزء من الالتزام الملقى على عاتقه²، ومثاله في عقد الزواج أن يلتزم الزوج بالإنفاق على بنت زوجته (ربيبته) إلى غاية زواجها (وهو أمر لا يدري الزوج ما إذا كان سيتحقق في يوم من الأيام أم لا)، فينقص القاضي من التزامه بأن يصير ملزماً بالإنفاق عليها إلى بلوغها سن الرشد، كما يأخذ الإنقاص صورة الإعفاء من بعض الشروط المجحفة قصد التقليل من الخسارة الفادحة التي تلحق المدين جراء تنفيذه لالتزاماته، بما يضمن التوازن المعقول بين المتعاقدين³.

¹ عبد الحميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص. 59. المحكمة العليا، غ.ع، 24-10-1999، ملف رقم 191705، م.ق، 1999، عدد خاص، ص. 95.

² العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 259.

³ جميلة بولحية، المرجع السابق، ص. 137.

2- زيادة التزامات الدائن (المشترط): الأصل أنه لا يمكن مراجعة العقد بالزيادة في التزامات المتعاقد، لأن ذلك يتنافى ومبدأ سلطان الإرادة، ويلزم المتعاقد بما لم يلزم به بمقتضى العقد، وبذلك تتم عملية المراجعة عن طريق إنقاص التزامات المدين فقط، دون زيادة التزامات الدائن¹.

غير أن جانبا من الفقه يرى بأنه يمكن اعتماد الزيادة في الالتزام كوسيلة لإزالة إرهاب المدين، والتقليل من الخسارة التي يمكن أن يتحملها من جراء تنفيذه لالتزاماته، فبدل إنقاص التزام المدين يزيد القاضي في التزامات الدائن، طالما أن النتيجة واحدة، وهي إقامة التوازن المعقول بين المتعاقدين، ففي المثال السابق مثلا بدل أن ينقص القاضي من مدة التزام الزوج بالإنفاق على الزوجة، يقوم بزيادة التزام من الالتزامات الملقاة على عاتق الزوجة كالإلزامها مثلا بالقيام بشؤون بنت زوجها (ربيبها)، ونعتقد من جهتنا أن هذا الطرح مردود، وذلك لأسباب التالية²:

- هذا الحل يعد انتهاكا صارخا لمبدأ سلطان الإرادة ودون أي مبرر، طالما أنه بالإمكان إنقاص التزام المدين.

- استعمل المشرع في المادة 107 باللغة العربية عبارة "... ويرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول..."، مما يعني أن القاضي غير معني بالنظر في التزام الدائن بقدر ما هو ملزم بالنظر في التزام المدين والموصوف في النص بالمرهق.

- استعمل المشرع في النص باللغة الفرنسية كلمة « réduire » ، وهي تعني وبكل وضوح الإنقاص لا الزيادة.

¹ محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص. 309.

² خليل أحمد حسن قداد، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني: أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص. 113.

ونعتقد أن هذا الحل مقصود من المشرع، لأنه نص في المادة 3/561 ق.م: "إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد"، فيلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع اعتمد الزيادة في التزامات رب العمل باستعماله عبارة "زيادة الأجرة" كحل لمراجعة العقد وإعادة التوازن المعقول بين التزامات المتعاقدين، وذلك مراعاة لطبيعة المعاملة؛ لأن الإنقاص في هذه الحالة قد يفقد العقد جوهره، والنص على هذا الاستثناء بنص خاص ما هو إلا دليل على أن المشرع لم تنصرف إرادته إلى اعتماد مثل هذا الحل في النص العام (نص المادة 107 ق.م).

3/ فسخ العقد: قد يكون غير مناسب أو غير كاف إنقاص التزامات أحد المتعاقدين لإزالة الخسارة الفادحة التي لحقته جراء العقد، حيث يرى جانب من الفقه أنه بإمكان القاضي اللجوء إلى الفسخ قصد إقامة التوازن بين التزامات المتعاقدين، وذلك بإعفاء المتعاقد المرهق مما تبقى في ذمته من التزامات، وذلك دون أن يطالب لقاء ذلك بالتنفيذ بمقابل، خلافا للفسخ على أساس المادة 119 ق.م، الذي يطالب فيه المدين بالتنفيذ بمقابل بسبب عدم وفائه بالتزامه الأصلي¹.

إن فسخ العقد لا يعتبر حلاً أصيلاً لإزالة إرهاب الالتزام، إذ لا يلجأ إليه القاضي إلا في حالة ما إذا تبين له أن الإنقاص أو الزيادة في التزامات أحد المتعاقدين من شأنه أن يخلق في مقابل ذلك إرهاباً لدى المتعاقد الآخر، ففي مثل هذه الحالات، ما على القاضي إلا أن يوقف تنفيذ الالتزام لمدة سنة غير قابلة للتجديد، فإن لم تتغير الظروف، ولم يتمكن من إزالة الإرهاب عن طريق الزيادة أو الإنقاص، تعين عليه فسخ العقد كحل أخير.

¹ Mohamed Abd Eldjawad, la force obligatoire du contrat en droit musulman et la théorie de l'imprévision en droit Egyptien, le Caire, 1957, p. 480.

ونرى أن هذا الحل لا يستقيم مع الاشتراطات إلا إذا كانت في عقد مستقل لاحق على عقد الزواج، أما إذا كانت متضمنة في عقد الزواج، فإن الحديث عن الفسخ يعني فسخ عقد الزواج، وهو حل نرى أنه غير ملائم، إذ يكفي في اعتقادنا إلغاء الشرط والإبقاء على العقد، وذلك حفاظاً على استقرار الأسرة وحقوق الأولاد.

إضافة إلى تحريم الالتزام مدى الحياة، ونظرية الظروف الطارئة، هناك حالات أخرى يمكن أن تسمح للقاضي بمراجعة التزامات المتعاقدين أو فسخ العقد، ويتعلق الأمر في الحالة الأولى بالاستغلال، وفي الحالة الثانية بالقوة القاهرة.

المبحث الثاني

الاتفاقات المالية

الأصل أن تكون لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، وذلك ترتيباً على تمتع كل منهما بشخصية قانونية مستقلة عن الشخصية القانونية للطرف الآخر (المطلب الأول)، غير أن الحياة الزوجية بما تتضمنه من واجبات ومسؤوليات أسرية مشتركة بين الزوجين، قد تؤدي في كثير من الأحيان إلى اختلاط أموال الزوجين، مما قد يكون مدعاة للنزاع في حالة عدم وجود أدلة إثبات، وهنا يظهر دور الاتفاقات المالية التي يبرمها الزوجين قصد تنظيم الجانب المالي في حياتهما الزوجية، وبيان نصيب كل واحد منهما في الأموال المشتركة بينهما (المطلب الثاني)، ولأن الحياة الزوجية تقوم عادة على المسامحة والمكارمة بين الزوجين -على الأقل في بداية الحياة الزوجية- فإنه عادة ما يعرض الأزواج عن توثيق هذا الاتفاق، أو عدم إبرامه أصلاً، مما يثير إشكالات كثيرة لاحقاً في مسألة الإثبات (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الأصل: استقلالية الذمة المالية

يقصد بالذمة المالية مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية حاضرا أو مستقبلا، بما معناه أن الذمة المالية تتكون من عنصرين: العنصر الإيجابي، والعنصر السلبي، إذ يمثل العنصر الإيجابي مجموع ما للشخص من حقوق مالية، وهو ما يسمى بالأصول، ويمثل العنصر السلبي مجموع ما على الشخص من التزامات مالية، وهو ما يعبر عنه بالخصوم¹.

ولأنها أثر مترتب على التمتع بالشخصية القانونية، فإن لكل من الزوجين ذمة مالية خاصة به لا يجوز للطرف الآخر التدخل فيها بأي صورة من الصور، وهو ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 1/37 ق.أ بنصها: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر"، كما كرسه الشريعة الإسلامية في عدة مواضع من القرآن الكريم، لا سيما تلك المتعلقة بالميراث والصداق².

- قال تعالى: "وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا"³.

- وقال أيضا: "وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا"⁴.

¹ علي فيلالي، المرجع السابق، ص. ص. 437-438.

² كريمة محروق، أحكام النظام المالي للزوجين على ضوء التشريع -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، 2019، ص. ص. 13-15.

³ سورة النساء، الآية 4.

⁴ سورة النساء، الآيتان 20-21.

- وقال أيضا: "وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ"¹.

- وقال كذلك: "لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا"².

- وقال كذلك: "وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِن بَعْدٍ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ"³.

فيلاحظ من خلال هذه الآيات، أن للزوجة وللمرأة بصفة عامة ذمة مالية مستقلة، إذ تستحق الصداق من زوجها وهو حق خالص لها تتصرف فيه كما تشاء، دون أن يتدخل فيها أحد، كما أنها تستحق الإرث وفق الأنصبة المقررة لها شرعا، وتورث هي الأخرى من خلفها من الزوج والأولاد والأصول، وما ذلك إلا لأنها تتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمة غيرها، وفي هذا يقول الإمام مالك: "ليس للزوج قضاء في مال امرأته قبل دخولها وبعده ما لم تكن سفيهة"⁴، وهو اتجاه المذاهب الفقهية الأخرى⁵.

وعليه، فإن الزواج لا أثر له على استقلالية ذمة الزوجين، إذ يبقى كل زوج محتفظا بذمته المالية المستقلة عن ذمة الزوج الآخر أصولا وخصوصا، بحيث تعتبر التصرفات التي تجريها الزوجة من مالها الخاص نافذة دون حاجة إلى تدخل من زوجها⁶، تماما مثلما هي تصرفات الزوج نافذة دون حاجة إلى إذن أو تدخل من زوجته، وعليه، لا تطبق على الزوجة في هذا

¹ سورة النساء، الآية 32.

² سورة النساء، الآية 7.

³ سورة النساء، الآية 12.

⁴ الإمام مالك، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ص. 260.

⁵ أحمد ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ص. 383.

⁶ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 232.

الصدد إلا القيود العامة المطبقة على كل الأشخاص، ولا سيما ما تعلق منها بالوصية، إذ لا تجوز الوصية لوارث أو فيما يتجاوز الثلث، إلا إذا أجازها الورثة، والزوج واحد من الورثة طالما بقيت العلاقة الزوجية قائمة¹، وفيما عدا ذلك، يمكن للزوجة أن تتصرف في أموالها العقارية والمنقولة، المادية والمعنوية، بكل التصرفات المشروعة، كالبيع، والهبة، والإيجار، وغيرها، كما تكون لها أهلية اكتساب الحقوق، كالحق في الميراث، والوصايا، والهبات، وغيرها، وتتحمل ديونها كاملة دون أن يكون الزوج ملزماً بتسديد جزء منها، بل يمكن أن تكون هناك علاقة دائنية بين الزوجين، بحيث يكون أحدهما دائناً للآخر والثاني مديناً له، ولا ينقض هذا الدين إلا بطرق انقضاء الالتزام المعروفة في القانون المدني، ودون أن تكون العلاقة الزوجية محل اعتبار في ذلك.

وإذا كان الأصل استقلالية الذمة المالية للزوجين، فقد أقر المذهب المالكي قيوداً على حرية المرأة في التصرف في مالها، وذلك بمنعها من التبرع بمالها إلا في حدود الثلث، أو بإذن من زوجها فيما تجاوز ذلك²، ودليل المالكية في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يجوز لامرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها"³، وقد خالف الجمهور المالكية في هذه المسألة، وذلك بأن أجازوا للمرأة التبرع بمالها دون أي قيد، إلا ما قيده الشرع، وقد سايرهم في ذلك المشرع الجزائري من خلال النص العام والمتمثل في المادة 37 ق.أ، وكذا بعض النصوص التي تشير إلى استقلالية الذمة المالية بصورة مباشرة أو غير مباشرة، كالمادة 14 ق.أ التي نصت بأن الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كما تشاء بما في ذلك التبرع.

¹ مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، الجزء الأول، مطبعة دمشق، سوريا، 1967-1968، ص. 222.

² وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن: الوصايا والوقف والهبات، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985، ص. 41.

³ سليمان السجستاني الأردني، سنن أبي داود، الجزء الثالث، كتاب: الإجارة، باب: في عطية المرأة بغير إذن زوجها، حديث رقم 3546، ص. 293.

المطلب الثاني

اتفاق الزوجين على الأموال المشتركة بينهما

إذا كان الأصل هو استقلال الذمة المالية لكل واحد من الزوجين عن الذمة المالية للآخر، فإن هذا الأصل قد يؤدي إلى إثارة النزاع بينهما في حالة اختلاط أموالهما، خاصة إذا انتهت العلاقة الزوجية بالطلاق مهما كانت صورته ولم يكن بيد أحدهما أي دليل، لأجل ذلك يستحسن الاتفاق على كيفية إدارة الأموال المشتركة بين الزوجين، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما، وخاصة إذا كانت الزوجة موسرة، كأن تكون موظفة، أو اكتسبت ثروة من تركة أحد أقاربها، ونحو ذلك، فالتعاون الذي تقوم عليه العلاقة الزوجية يحتم وجود نوع من التداخل بين أموال الزوج وأموال الزوجة¹، فعلى الرغم من كون الزوج هو المكلف بالنفقة بمختلف مشتملاتها، إلا أن الزوجة وخاصة في الوقت الراهن أصبحت تساهم بقسط وافر في عملية الإنفاق، فهي تساهم في توفير المأكل والملبس، كما تساهم في شراء البيت والسيارة، وإقامة بعض المشاريع الاستثمارية التجارية التي يمكن أن تكون لها عائدات مالية معتبرة، كما أن متاع البيت قد يكون مدعاة للتنازع في حالة انحلال الرابطة الزوجية، خاصة وأن الزوجة تساهم في الغالب الأعم بتجهيز البيت من صداقها الذي يعتبر ملكا خاصا لها².

لأجل ذلك، نص المشرع الجزائري على إمكانية إبرام مثل هذا الاتفاق، وذلك بموجب المادة 2/37: "... غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"، وباستقراءنا لهذا النص، يمكن أن نسجل بعض الملاحظات:

- اكتفى المشرع في تنظيمه لهذه المسألة بمادة واحدة، نرى أنها غير كافية لتنظيم هكذا مسألة.

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 319.

² عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي، الدار البيضاء، المغرب، 1992، ص. 143.

- الطابع الجوازي للاتفاق المالي بين الزوجين، إذ لم يجبر المشرع الزوجين على إبرام مثل هذا الاتفاق، فلا هو من أركان العقد، ولا هو من شروطه.

- خير المشرع الزوجين بين الاتفاق على الأموال المشتركة في عقد الزواج أو الاتفاق عليها في عقد رسمي لاحق، ولعل اشتراط الرسمية في هذه الحالة كان القصد منه حماية كلا الطرفين من إنكار وجود الطرف الآخر، وهذا هو جوهر الاتفاق أصلاً، لأن الغاية من اتفاق كهذا، هي سهولة الإثبات في حالة إنكار أحد الطرفين¹.

- قصر المشرع النطاق الموضوعي للاتفاق المالي على الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، دون الأموال المكتسبة قبل ذلك، فهي لا تدخل ضمن الاتفاق المالي موضوع البحث.

وفيما عدا الملاحظة الأخيرة، فإن كل الملاحظات تشير إلى أن المشرع في تنظيمه للاتفاق المالي بين الزوجين قد كرس مبدأ سلطان الإرادة بشكل ملحوظ، ولعل اكتفائه بمادة واحدة أكبر دليل على ذلك، وهو ما يعني أن الاتفاق يخضع إلى أحكام النظرية العامة للعقد²، ولو كان غير كذلك، لنظمه المشرع بعدد كاف من المواد، وهو اتجاه نراه سديداً؛ لأن المسألة تتعلق بالجانب المالي في الحياة الزوجية لا بالجانب الشخصي، شريطة ألا يكون الاتفاق مخالفاً لأحكام القانون والشرع³، ولا سيما أحكام النفقة، فتكريس مبدأ سلطان الإرادة في الاتفاق المالي لا يعني إمكانية إلزام الزوجة بالإنفاق على الأسرة أو توفير المسكن، مع أنه كان على المشرع أن يشير إلى هذه المسألة ويؤكد حكمها في نص المادة 37 ق.أ.

ويبقى الإشكال مطروحاً حول ما إذا كانت الاتفاقات المالية بين الزوجين صورة من صور الاشتراط أم لا، خاصة وأنها لا تعتبر من مقتضيات عقد الزواج ولا هي منافية له؟

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 336.

² وهو نفس اتجاه المشرع المغربي في المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية. إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص. 296.

³ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 125.

يرى الباحث في هذا الشأن أن الاتفاق المالي يجسد كأصل فكرة الاشتراطات المقترنة بعقد الزواج المنصوص عليها في المادة 19 ق.أ، ولكن مع بعض الخصوصية، وذلك لكونه يقتصر على إدارة الجانب المالي في الحياة الزوجية، خلافا للاشتراطات، التي تمس عادة الحياة الشخصية لأحد الزوجين، كأن تشترط الزوجة على زوجها عدم التعدد، أو السماح لها بزيارة أهلها كل نهاية أسبوع، وغيرها من الشروط. لأجل ذلك، يكون مجال تدخل القاضي في الاشتراطات أكثر منه في الاتفاق المالي الذي يقتصر -كما ذكرنا سابقا- على الجانب المالي دون الجانب الشخصي، وهو اتفاق قد يحصل بين شخصين حتى وإن لم تربطهما علاقة زواج أو قرابة، فهو اتفاق ليس بالغريب على الأشخاص.

ومن جهته، نظم المشرع المغربي الاتفاق المالي بين الزوجين في المادة 49 من مدونة الأسرة، وهي مادة فيها ما يميزها عن نص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري، فعلى الرغم من كون المشرع المغربي، وعلى غرار نظيره الجزائري، اكتفى في تنظيمه لهذه المسألة بنص واحد، إلا أنه أشار إلى ضرورة إشعار العدلين لطرفي العقد بإمكانية إبرام اتفاق مالي وفق أحكام المادة 49، كما أشار إلى أنه في حالة عدم حصول هذا الاتفاق يرجع إلى القواعد العامة للإثبات.

ومن جهة أخرى، وخلافا للمشرع الجزائري، قيد المشرع المغربي حرية الطرفين بضرورة تضمين اتفاقهما في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، ولعل الغاية من ذلك إعطاء الفرصة للأزواج الذين أبرموا عقود زواجهم قبل صدور المدونة وتمكينهم من الاستفادة من أحكام المادة 49، وكذا منح الفرصة للمتزوجين حديثا للتشاور والتفكير في المسألة جيدا¹، وإن كان على المشرع المغربي ترك الحرية أمام الزوجين في تضمين اتفاقهما المالي في عقد الزواج أو في عقد لاحق.

¹ محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب، 2006، ص. 398.

أما بالنسبة للمشرع التونسي، فقد نظم الأحكام المتعلقة بالاشتراك المالي بين الزوجين بموجب نص خاص مستقل عن مجلة الأحوال الشخصية، والمتمثل في القانون 94 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998، وجعل منه نظاماً اختيارياً يتفق عليه الزوجان عند إبرامهما لعقد الزواج، أو حتى بعده ضمن عقد لاحق ومستقل، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، يطبق المبدأ العام والمتمثل في استقلال الذمم، مع أنه يتعين على المأمور العمومي المحرر لعقد الزواج أن يذكر طرفي العقد بمحتوى هذا النظام وشروطه¹.

المطلب الثالث

إشكال إثبات الأموال المشتركة بين الزوجين

الأصل أن يتم الاتفاق بين الزوجين على الأموال المشتركة بينهما بصفة مسبقة، سواء حصل الاتفاق وفق أحكام المادة 37 ق.أ المشار إليها أعلاه، أم وفق أحكام القانون المدني، أم القانون التجاري (الفرع الأول)، وفي مثل هذه الحالات، الأصل ألا يثار أي إشكال بخصوص مسألة الإثبات، غير أن المانع الأدبي قد يحول دون إبرام هكذا اتفاق، خاصة وأن عقد الزواج من العقود التي لا تقوم كأصل على الاعتبارات المالية الضيقة (الفرع الثاني)، غير أن المشاكل التي يمكن أن تثار فيما بعد بين الزوجين والتي قد تؤدي إلى إنهاء العلاقة الزوجية بينهما، قد تكون مدعاة للتنازع حول الأموال التي تكون الزوجة قد ساهمت بها مع الزوج في تنمية ثروة الأسرة من عقارات ومنقولات، وهو ما يستدعي وضع آليات قانونية تمكن من إثبات مساهمة كل واحد من الزوجين (الفرع الثالث).

¹ كريمة محروق، المرجع السابق، ص. 41.

الفرع الأول: مصادر الاشتراك بحكم الاتفاق

يحصل الاشتراك بين الزوجين في أموال معينة بموجب عقد بينهما، إما على أساس المادة 37 ق.أ (أولاً)، وإما على أساس أحكام القانون المدني (ثانياً)، وإما على أساس أحكام القانون التجاري (ثالثاً).

أولاً: الاشتراك وفق أحكام المادة 37 ق.أ: تمت الإشارة إليها وبنوع من التفصيل في العنصر السابق، غير أن ما نلاحظه ونؤكد، أن هذا النص غير كاف لتنظيم هكذا مسألة، لذلك نرى أنه على المشرع إعطاء هذه المسألة حقها من التنظيم، حتى تكون الأمور أكثر وضوحاً ودقة.

ثانياً: الاشتراك وفق أحكام القانون المدني: يمكن أن يحصل الاشتراك بين الزوجين وفق أحكام القانون المدني، وذلك بإبرام عقد شركة مدنية بينهما، يلتزم فيه كل منهما بالمساهمة في نشاط معين بتقديم حصة من عمل، أو مال، أو نقد، واقتسام ما ينشأ عن هذا النشاط من ربح أو خسارة¹، وذلك استناداً لأحكام المادة 416 ق.م: "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملان الخسائر التي قد تتجر عن ذلك".

فانطلاقاً من الطابع العام لهذا النص، والذي ورد في الشريعة العامة (القانون المدني)، فإنه لا مانع من أن يشترك الزوجان في نشاط معين، لأن الأحكام الخاصة بعقد الشركة سوف تطبق على كلا الزوجين بصفة الشريك لا بصفة الزوج، وأن وسائل الإثبات الواجب اتباعها في إثبات مساهمة كل واحد منهما في هذه الشركة هي الوسائل المقررة في القانون المدني.

ثالثاً: الاشتراك وفق أحكام القانون التجاري: كما يمكن الاشتراك وفق عقد الشركة المدنية، يمكن الاشتراك وفق عقد الشركة التجارية في إطار المواد من 30 إلى 77 من القانون

¹ إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص. 296.

التجاري، وتكون القواعد المطبقة في الإثبات هي قواعد القانون التجاري، دون اعتبار لصفة الزوج في ذلك، إذ يعامل الزوج في عقد الشركة التجارية معاملة الشريك دون أن يعتد بكونه زوجاً¹.

الفرع الثاني: الاشتراك بحكم الواقع

باعتبار الزواج من العقود التي لا تقوم على الاعتبارات المالية الضيقة، قد يبدو للزوجين أنه من العيب الاتفاق في بداية الحياة الزوجية على الجوانب المالية في حياتهما، فيقبل كل منهما على تقديم ما يحوزه من أموال قصد تجهيز البيت والنهوض بمختلف المتطلبات من شراء مسكن وتأثيثه وشراء سيارة، دون أن يفكر في العواقب التي يمكن أن تنتج عن هذه المساهمة غير الاتفاقية في حالة وقوع نزاع بينهما²، لا سيما في الأحوال التي تتحل فيها الرابطة الزوجية بأي سبب من الأسباب، أين يحاول كل واحد من الزوجين الحصول على ما قدمه من مساهمات في مختلف الأعباء الأسرية، بل ويحاول الاستحواذ على نصيبه ونصيب الطرف الآخر انتقاماً منه ونكاية به.

وإذا كان هذا الإشكال لا يثار كثيراً بالنسبة للرجل كونه المسؤول قانوناً عن النهوض بمتطلبات الأسرة كأصل، فالعكس تماماً بالنسبة للزوجة التي قد تكون بذلت ما في وسعها لتنمية أموال الأسرة، ولكن دون أي دليل، وخاصة عندما يتعلق الأمر بالأموال الموثقة باسم الزوج، فاعتباراً لعنصر المودة والرحمة الذي يقوم عليه عقد الزواج، وكذا عامل الثقة، قد تندفع الزوجة اندفاعاً إلى المساهمة وبشكل جدي في توفير مختلف الحاجيات الأسرية وبكل أمان واطمئنان، لتتفاجأ بعد الفراق بعدم إمكانية مطالبتها بما ساهمت به، ما دامت لا تحوز أي دليل

¹ محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، سلسلة البحوث القانونية رقم 8، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2005، ص. 83.

² رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، الجزائر، 2006، ص. 321.

إثبات¹، وهنا يبلغ النزاع ذروته إذا ما تم عرضه على القضاء، ومنه ظهرت الحاجة الملحة إلى تجاوز هذا المانع الأدبي الذي عادة ما تذهب ضحيته الزوجة، وكذا اعتماد آليات قانونية جديدة لتمكينها من إثبات مساهمتها في حال عدم وجود اتفاق مسبق.

الفرع الثالث: الآليات القانونية للقضاء على مشكل إثبات الأموال المشتركة

إن القضاء على مشكل الإثبات في مجال الأموال المشتركة بين الزوجين يقتضي التوجه نحو إلزامية التوثيق من جهة (أولاً)، والتوسع في وسائل الإثبات من جهة أخرى (ثالثاً)، علاوة على القاعدة الإثباتية المقررة في المادة 73 ق.أ (ثانياً).

أولاً: التوجه نحو إلزامية توثيق الأموال المشتركة

إذا كان الاشتراك قد حصل في إطار شركة مدنية أو تجارية بين الزوجين، فالأصل أنه لا إشكال بخصوص مسألة الإثبات، وذلك نظراً لوجود وسائل مقررة قانوناً يتم اللجوء إليها متى حصل نزاع بينهما، وإذا حصل في إطار المادة 37 ق.أ، فالإثبات يتم إما بعقد الزواج إذا أدرج الاتفاق في عقد الزواج، وإما بالعقد الرسمي إذا حصل الاتفاق بعد إبرام عقد الزواج وأدرج في وثيقة مستقلة، لأنه بالرجوع إلى نص المادة المذكورة، نجد المشرع قد ترك الخيار للزوجين في هذه المسألة لاعتبارات سبقت الإشارة إليها، وبذلك يكون المشرع قد أقر في المادة 37 ضرورة توثيق الاتفاقات المالية بين الزوجين، واشترط الرسمية في الوثيقة المتضمنة لهذا الاتفاق²، وهذا هو أيضاً موقف المشرع المصري، حيث أصدر وزير العدل في مصر قراراً تحت رقم 1727 سنة 2000، يعدل قرار لائحة المأذونين الصادر سنة 1955، المتضمن توثيق عقد الزواج، حيث أشار القرار إلى شروط إضافية يمكن أن يتفق عليها الزوجان في وثيقة الزواج الجديدة، كما أشار إلى ضرورة تبصير الزوجين أو من ينوب عنهما بهذه الشروط ومن أمثلتها؛ الاتفاق

¹ رشيد مسعودي، المرجع السابق، ص. 321.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد: أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص. ص. 148-149.

على من تكون له ملكية منقولات منزل الزوجية، والاتفاق على من يكون له حق الانتفاع وحده بمسكن الزوجية في حالتي الطلاق والوفاة، والاتفاق على رصد مبلغ مقطوع أو راتب دوري يدفعه الزوج لزوجته إذا طلقها بغير رضاها¹.

ثانياً: إثبات الأموال المشتركة وفق أحكام المادة 73 ق.أ.

جاء في نص المادة 73 ق.أ: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

ما يلاحظ على هذا النص عدة أمور، نوجزها فيما يلي:

- اقتصر النص على تنظيم مسألة الإثبات في حالة التنازع حول متاع البيت، دون التنازع في العقارات والمنقولات الأخرى، وهو ما يدفع إلى التساؤل عن مدى إمكانية تعميم هذا النص، ليشمل كل الأموال المشتركة بين الزوجين.

- استعمل المشرع عبارة "وليس لأحدهما بينة"، فكلمة بينة تثير تساؤلاً حول ما إذا كان المقصود بها شهادة الشهود، أو أي وسيلة إثبات، بمعنى: هل الحل المقرر في المادة 73 يطبق فقط على الأموال والحقوق الجائز إثباتها بشهادة الشهود، أم يمكن أن يحل محل وسائل إثبات أخرى؟ مع أنه بالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية نجد المشرع يستعمل كلمة « preuve » ، وهي كلمة عامة تنطبق على كل وسائل الإثبات، وإن كان الأصل هو الأخذ بالنص العربي لا بالنص الفرنسي.

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. ص. 124-125.

- سوى المشرع في الحكم الوارد في المادة 73 بين أن يحصل النزاع بين الزوجين، أو بين ورثتهما، أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر¹.

- ميز المشرع بين ما إذا كان بيد أحد الزوجين دليل إثبات أم لا، فمتى كان بيد المدعي دليل، فيعتد بهذا الدليل متى كان صالحا للإثبات، أما إذا لم يكن هناك دليل، فيطبق الحكم الوارد في النص كما يلي²:

- القول للزوج أو ورثته فيما هو معتاد للرجال مع اليمين.

- القول للزوجة أو ورثتها فيما هو معتاد للنساء مع اليمين.

- ما يصلح أن يكون للرجال والنساء، يقتسمانه مناصفة مع اليمين.

والظاهر من خلال النص، أن اليمين المقصودة هي اليمين الحاسمة المنصوص عليها في المادة 343 ق.م³، وليس اليمين المتممة، لأن اليمين المتممة تنتم البيئة، أما اليمين الحاسمة، فتكفي وحدها لحسم النزاع.

- للقاضي سلطة تقديرية وفق العادات والتقاليد والأعراف في تمييز ما هو معتاد للرجال، وما هو معتاد للنساء، وما يمكن أن يكون للرجال والنساء⁴.

تلزم هي الملاحظات الممكن تقديمها بخصوص نص المادة 73 ق.أ، والتي من شأنها أن تقلل من القيمة القانونية للحكم المقرر فيها، وعلى الرغم من ذلك، يبقى هذا النص ذا أهمية

¹ صارة بن شويخ، الحماية القانونية للذمة المالية للزوجين طبقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري، الملتقى الدولي: الحماية القانونية للأسرة، جامعة الجلفة، الجزائر، 2018، ص. 17.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18-07-1988، ملف رقم 50075، م.ق، 1990، عدد 4، ص. 64.

³ تنص. المادة 343 ق.م: "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز لقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك. ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها خصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين".

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16-01-2008، ملف رقم 417622، م.م.ع، 2008، عدد 1، ص. 263.

في الحالات التي يثور فيها نزاع بين الزوجين دون أن يكون لأحدهما أي دليل، وهنا تظهر أهمية توثيق الأموال المشتركة بين الزوجين، الذي بات يشكل ضرورة حتمية تفرض على الزوجين وخاصة الزوجة، وتجاوز ذلك المانع الأدبي الذي لطالما كان السبب الرئيسي في النزاعات القائمة بين الزوجين حول الأموال المشتركة بينهما.

ثالثاً: توسيع وسائل الإثبات

اعتباراً للمانع الأدبي الذي قد يحول عادة دون توثيق الجوانب المالية في الحياة الزوجية، ونظراً لعدم كفاية نص المادة 73 ق.أ، نرى أنه من الواجب التوسع في وسائل الإثبات، وترك هامش من الحرية أمام طرفي الزواج -ولاسيما الزوجة التي عادة ما تذهب ضحية هذا الاشتراك- لإثبات مساهمتهما بمختلف الطرق، كالفواتير، والمحركات العرفية، مراعاة للمانع الأدبي¹، وقياساً على ما جاء في المادة 336 ق.م، التي أجازت الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، متى وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي²، وهو التوجه الذي انتهجه المشرع في الفقرة الأخيرة من مشروع المادة 73 ق.أ: "يتم الإثبات بكل الوسائل، ويقوم الحكم القضائي محل سند الملكية".

¹ رشيد مسعودي، المرجع السابق، ص. 323. صارة بن شويخ، الحماية القانونية للذمة المالية للزوجين، المرجع السابق، ص. 21-19.

² تنص المادة 336 ق.م: "يجوز الإثبات بالشهود أيضاً فيما كان يجب إثباته بالكتابة: - إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي؛ - إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته".

الباب الثالث

مكانة الإرادة في توثيق

عقد الزواج

الباب الثالث: مكانة الإرادة في توثيق عقد الزواج

اعتباراً منه لأهميته في حماية الحقوق المترتبة على عقد الزواج، باعتباره من أهم العقود التي يبرمها الشخص في حياته، أقر المشرع نظاماً لتوثيق هذا العقد أمام جهات معينة ذات طابع رسمي، سواء تم هذا الإجراء بالموازاة مع إبرام العقد، وهذا هو الأصل (الفصل الثاني)، أم تم بعد إبرامه عن طريق إجراء التثبيت القضائي، وذلك استثناء من القاعدة العامة (الفصل الثالث)، غير أن المشرع لم يكتف بإقرار هذا النظام فحسب، بل اشترط ضرورة الحصول على بعض التراخيص والشواهد من أجل القيام بإجراء التوثيق، وذلك لاعتبارات معينة، قد تكون عامة تخص كل أفراد المجتمع كالشهادة الطبية، وقد تكون خاصة تقتصر على فئة معينة من المجتمع كالترخيص للأجنبي، والترخيص للقاصر (الفصل الأول).

الفصل الأول

التراخيص والشواهد اللازمة

لإبرام عقد الزواج

الفصل الأول

التراخيص والشواهد اللازمة لإبرام عقد الزواج

الأصل في عقد الزواج أنه عقد رضائي، وذلك بصراحة المادة 4 ق.أ، التي نصت: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..."، وهو ما يعد تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، غير أن المشرع خرج عن هذه القاعدة، وذلك بتقييد حرية المتعاقدين أو أحدهما بضرورة الحصول على تراخيص مسبقة، مراقبة منه لعقود الزواج، وحفاظا على النظام العام، وهو ما يعد تراجعاً عن مبدأ سلطان الإرادة لصالح فكرة النظام العام، وتتعدد هذه التراخيص، فمنها ما يصدر عن هيئات قضائية (المبحث الأول)، ومنها ما يصدر عن هيئات إدارية (المبحث الثاني)، ومنها ما يصدر عن الطبيب (المبحث الثالث).

المبحث الأول

التراخيص القضائية

قد يحصل أن يلزم القانون الشخص حتى يبرم عقد زواجه الحصول على ترخيص من القضاء، كأن يكون غير كامل الأهلية، ويتعلق الأمر في هذا المقام بالترخيص للقاصر بالزواج (المطلب الأول)، أو أن يكون متزوجاً من قبل، ويتعلق الأمر في هذا المقام بالترخيص بالتعدد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الترخيص للقاصر

الأصل أنه لا يمكن للرجل ولا للمرأة الزواج قبل بلوغ سن الرشد، والمحددة في المادة 7 ق.أ ب 19 سنة، غير أنه قد يحصل ما يستدعي زواج القاصر الذي لم يبلغ هذه السن¹.

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 120.

وفي هذا الشأن، نصت المادة 7 ق.أ: "... وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".
ما يلاحظ على هذا النص أنه أجاز للقاضي -استثناء- أن يرخص للقاصر بالزواج قبل بلوغ 19 سنة، وعلق ذلك على شرطين هما:

- وجود مصلحة أو ضرورة تقتضي هذا الترخيص، وهذا أمر منطقي، طالما أن زواج القاصر هو استثناء من الأصل، فالأولى والأحرى ألا يكون إلا بوجود مصلحة لا ينبغي تفويتها، أو ضرورة لا يمكن دفعها¹، وقد اقترح الأستاذ العربي بلحاج التخلي عن عبارة "مصلحة أو ضرورة"، والاكتفاء بعبارة "مبررات مقبولة"، وذلك حتى تكون السلطة التقديرية للقاضي أوسع².
- قدرة الطرفين على النهوض بمتطلبات الزواج، ولأن المشرع لم يحدد معايير معينة لهذا الشرط، فإن تقديرها يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، لأن المسألة مسألة واقع، ولا رقابة للمحكمة العليا على ذلك³، فالزواج الذي سماه المولى عز وجل بالميثاق الغليظ، والذي يعتبر من أهم العقود التي يبرمها الشخص في حياته، يرتب آثارا قانونية مهمة ومسؤوليات معتبرة، لذا كان من البديهي أن يشترط المشرع مثل هذا الشرط، فالزواج ليس مجرد طريق لإشباع الغرائز فحسب، بل هو مسؤوليات والتزامات تقع على عاتق كلا الزوجين.

أما فيما يتعلق بإبرام زواج القاصر، فقد نصت المادة 11 ق.أ: "... دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".

فيلاحظ أن المشرع لم يسمح للقاصر بإبرام عقد زواجه رغم منحه الترخيص بالزواج، وإنما خول ذلك للولي وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين، فالقاضي، وحرف الفاء في هذا المقام

¹ المحكمة العليا، غ.ق.خ، 07-12-1966، م.ج، 1968، عدد 1، ص. 139.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 120.

³ الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص. 31.

يفيد الترتيب، إذ لا يمكن للأقارب الأولين إبرام زواج القاصر مع وجود الأب، ما لم يكن لديه مانع، تماما مثلما لا يمكن للقاضي مباشرة زواج القاصر في وجود أحد الأقارب الأولين¹.

غير أننا نرى، أنه كان الأولى بالمشرع أن يسمح للقاصر بإبرام عقد زواجه، طالما أن القاضي يكون في منحه للترخيص قد راعى قدرة الطرفين على النهوض بمتطلبات الزواج، وذلك أن النهوض بمسؤوليات الزواج أصعب بكثير من إبرام عقد الزواج ذاته.

وفي السياق ذاته، نصت المادة 2/7 بعد تعديلها في سنة 2005: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"، فالزواج عقد، والعقد يرتب حقوقا والتزامات بالنسبة للمتعاقدين، وقد يحصل أن يخل أحد الطرفين بالتزاماته، فلا يكون أمام الطرف الآخر الذي قد يكون قاصرا إلا اللجوء إلى القضاء لاقتضاء حقه (وذلك بعد استفاد الطرق الودية بالطبع)، ومثاله أن يخل الزوج بالتزامه بالنفقة، أو تخل الزوجة بالتزامها بالطاعة².

وإذا كان المشرع قد نص على اكتساب أهلية التقاضي بالنسبة لآثار الزواج، فإنه أهمل النص على ذلك بالنسبة للطلاق، ونص في المادة 437 ق.إ.م.إ: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة"، فباستقراء هذه المادة، نجد المشرع قد خول الولي أو المقدم سلطة تقديم طلب الطلاق باسم الزوج، متى كان ناقص الأهلية³.

مع الملاحظ، أن هذه المادة جاءت تحت الفرع الثاني المعنون: "في طلب الطلاق من أحد الزوجين"، وهو ما معناه أن هذا الحكم لا ينطبق إلا على الطلاق من جانب واحد دون

¹ بقية عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص. 114.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 122.

³ وهو ما يعبر عنه في قانون الإجراءات المدنية (المادة 13) بشرط الصفة. عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة، الجزائر، 2013، ص. 61.

الطلاق بالتراضي، ومن جهة أخرى، فإن مفهوم الطلاق في هذه العبارة غير واضح: هل قصد به المشرع الطلاق بالمعنى الواسع، أو الطلاق بالمعنى الضيق؟

ويبدو لنا أن المشرع إنما قصد المعنى الواسع لا المعنى الضيق، ويستشف ذلك من عبارة: "من أحد الزوجين"، مما يعني أن المشرع قصد الطلاق المبرر، والطلاق غير المبرر، والتطليق، والخلع، دون الطلاق بالتراضي الذي تناوله المشرع في الفرع الأول.

والإشكال نفسه يطرح بالنسبة لآثار الطلاق من نفقة وحضانة: هل يباشر إجراءاتها الولي أو المقدم كما جاء في المادة، أم يباشرها القاصر؟

ولأن التراخيص بزواج القاصر من الأعمال الولائية، أي الأعمال التي يقوم بها القاضي باعتباره من ولاية الأمور، فهو يصدر عن رئيس المحكمة باعتباره المخول بمثل هذه الأعمال، ولا يقبل الطعن بأي وجه من الأوجه؛ لأنه بات، وهو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري، خلافاً لنظيره المغربي والتونسي، إذ جاء في المادة 2/20 من مدونة الأسرة المغربية بأن الإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه، والشيء نفسه بالنسبة للفصل 65 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مع أن محكمة النقض التونسية حكمت بأن الإذن بالزواج خاضع بدوره للاستئناف وفق أحكام المادة 219 من مجلة المرافعات¹.

وخلافاً لترشيد القاصر لممارسة النشاط التجاري، أين اشترط المشرع ضرورة بلوغ القاصر 18 سنة كاملة حتى يمنح التراخيص طبقاً لأحكام المادة 5 ق.ت²، لم تشترط المادة 11 ق.أ في التراخيص بالزواج سناً معينة، واكتفت بعبارة: "قبل ذلك"، أي قبل بلوغ 19 سنة، مما يحمل على الاعتقاد أن المشرع ترك الباب مفتوحاً أمام القاضي لمنح التراخيص حتى في سن مبكرة

¹ تعقيب مدني تونسي، 03-04-1986، رقم 13437، ن.م.ت، 1986، ق.م، ص. 147.

² أحمد بلودنين، المختصر في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2011، ص. 56-57.

كالثامنة أو العاشرة مثلا، طالما أن المحدد هو وجود المصلحة أو الضرورة، والقدرة على النهوض بمسؤوليات الزواج.

تضاربت آراء الشراح في هذا الخصوص، فمن جهته يرى الأستاذ بن شويخ الرشيد أنه لا يمكن في جميع الأحوال النزول عن خمسة عشر سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي، لأن مرحلة البلوغ هذه في الفقه الإسلامي هي الحد الذي يصبح الشخص بموجبه مكلفا بالواجبات الدينية والدنيوية كأصل عام¹.

أما الأستاذ بلحاج العربي، فيرى أنه بالنسبة للسن المحدد للمرأة لا ينبغي تخفيضه في حالات الإذن بالزواج إلى أقل من 16 عاما حماية لصحة الزوجة وسلامتها ومصلحة الزوجين معا، فالزواج المبكر -حسب ذات المصدر- غالبا يتم دون استشارة البنت القاصرة نظرا لصغر سنها وعدم فقهها لمسألة الزواج أصلا، وهذا الزواج المبكر يمكن اعتباره غالبا زواج إكراه².

ومن جهته يرى الباحث اعتبار سن التمييز وهو 13 سنة طبقا للمادة 2/42 ق.م، الحد الأدنى لمنح التراخيص بالزواج، وذلك قياسا على نص المادة 84 ق.أ: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يببر ذلك".

فانطلاقا من هذه المادة، نجد المشرع قد سمح للقاضي أن يمنح الترشيد لمن يبلغ سن التمييز، ولم يشترط سنا أعلى، لأن هذه السن عادة ما تصاحبها علامات البلوغ وهي الاحتلام بالنسبة للذكر، والحيض بالنسبة للأنثى، وهي من المتطلبات الأساسية في الزواج، إذ لا نرى فائدة معتبرة في زواج غير البالغ³، مع مراعاة الشرطين المذكورين في المادة 7 ق.أ، المشار

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 61.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. ص. 121-122.

³ الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص. 30.

إليها أعلاه، لأنه متى توافر هذين الشرطين، فلا نرى مانعا من السماح لمن بلغ سن التمييز من الزواج.

وعلى صعيد آخر، لم يبين المشرع في المادة 7 ق.أ ممن يطلب الترخيص، ولمن يمنح، وهو ما من شأنه أن يضع القاضي أمام تأويلات، كان في غنى عنها بمجرد توضيح بسيط من المشرع، خلافا لما فعله في المادة 5 ق.ت بخصوص ترشيد القاصر لممارسة التجارة، وفي المادة 84 ق.أ المذكورة أعلاه.

وفي ظل هذا الفراغ القانوني، نرى أن من له سلطة تزويج القاصر، هو نفسه من له سلطة طلب الترخيص، وبالرجوع إلى المادة 2/11 نجدها تنص: "... يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".

ويثار الإشكال حول المقصود من عبارة: "الأقارب الأولين": هل يقصد بها الأقارب إلى الدرجة الثانية أو الثالثة أو الرابعة؟

وفي السياق ذاته، نرى أنه يمكن طلب هذا الترخيص من طرف من له مصلحة، قياسا على ما جاء في المادة 84 ق.أ، كأن يتعلق الأمر مثلا بمن يرغب في الزواج من القاصر، سواء كان الرجل أم المرأة، طالما كان هو متمتعا بأهلية الزواج.

وإذا كان المشرع قد خول للأولياء المذكورين في المادة 11 سلطة مباشرة عقد زواج القصر، فإنه يكون قد أشركهم في الرضا بالزواج، إذ لا يتصور في هذه الحالة إبرام عقد الزواج من طرف القاصر، لأن المشرع لم يمنحه هذه السلطة¹، مع أننا نفضل عكس ذلك، وهو ما من شأنه أن يفتح الباب أمام الولي للتعنت وفرض إرادته في هذا الزواج.

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 66.

لأجل ذلك، تصدى المشرع لهذا الإشكال، ونص في المادة 13 ق.أ: "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

على الرغم من أن المشرع أشار في المادة أعلاه إلى القاصرة فقط، فإننا نرى أن حكم المادة ينصرف إلى القاصر كذلك، لأنه إذا كان لا يمكن للولي أن يجبر القاصرة على الزواج، فلا يمكنه من باب أولى إجبار القاصر (الذكر) على ذلك، خاصة وأن النص باللغة الفرنسية تضمن عبارة « la personne mineure »، وهي عبارة تنطبق على الرجل والمرأة على حد سواء، ومعنى هذا الكلام أن التراخيص القضائي بزواج القاصر لا يلزم هذا الأخير، فقد يمضي في مشروع الزواج، وقد يمتنع، وله الحرية في ذلك، تماما مثلما قد يمتنع الولي عن إبرام عقد الزواج، ومن ثم، لا تقوم لهذا العقد قائمة إلا بتراضي الولي والقاصر، مع أننا نستبعد امتناع الولي عن إبرام عقد الزواج إذا كان هو نفسه من طلب التراخيص بالزواج.

هذا، ونخلص إلى أن المشرع في معالجته لأهلية الزواج، ظل يتأرجح بين التوسيع والتقييد في مبدأ سلطان الإرادة، ففي مرحلة أولى قيد هذه الإرادة بضرورة بلوغ سن معينة محددة بـ 19 سنة في المادة 7 ق.أ، ثم تراجع عن هذا القيد في الفقرة الثانية من المادة ذاتها بإقرار إمكانية زواج القاصر، ليعود مرة أخرى ويقيد هذه الإمكانية بضرورة الحصول على ترخيص قضائي، تراعي فيه المحكمة وجود مصلحة أو ضرورة وقدرة الطرفين على التطلع بمسؤوليات الزواج، وهكذا يبقى مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية بين أخذ ورد في كل مراحل ومحطات عقد الزواج، فأحيانا يكرس المشرع هذا المبدأ، وأحيانا يقيد، وفق ما تقتضيه المصلحة، مع أننا نؤكد أن الكثير من الأحكام القانونية يعتبرها البعض تقييد لمبدأ سلطان الإرادة، في حين أنها تكريس غير واضح لهذا المبدأ وأحكام الأهلية خير مثال لذلك.

المطلب الثاني

التراخيص بالتعدد

أقرت الشريعة الإسلامية إمكانية التعدد، فأجازت للرجل الزواج بأكثر من امرأة في الآية الكريمة: "وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا"¹، فباستقراء هذه الآية، نجد المولى عز وجل قد سمح للرجل بالتعدد، وذلك بمراعاة ثلاثة شروط:

الشرط الأول: عدم تجاوز أربع نسوة مجتمعات، ويظهر ذلك من خلال قوله تعالى: "مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ".

الشرط الثاني: العدل بين الزوجات، لقوله تعالى: "فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً"، إذ لا يسمح للرجل أن يتزوج بأكثر من امرأة، ثم يميز بينهن، فيفضل إحداهن على الأخرى.

الشرط الثالث: القدرة على الإنفاق على كل الزوجات، ودليل هذا الشرط قوله تعالى: "وَلْيَسْتَغْفِرِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ"².

وإذا كان المشرع الجزائري قد أباح التعدد -كقاعدة- فإنه لم يكتف بالشروط المشار إليها أعلاه، بل قيد هذه الإمكانية بضرورة الحصول على ترخيص من القاضي، وهو ما يعد تقييدا لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، إذ لا يمكن للرجل أن يعدد وفق أحكام قانون الأسرة، إلا إذا حصل على ترخيص مسبق من القاضي، وهو ما يستوجب منا دراسة هذا الإجراء من خلال النقاط الأساسية التالية:

¹ سورة النساء، الآية 4.

² سورة النور، الآية 33.

الفرع الأول: شروط الحصول على الترخيص بالتعدد

نصت المادة 8 ق.أ: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

باستقراء هذه المادة، نجد المشرع الجزائري قد أباح التعدد، ولكنه قيده بجملة من الشروط

هي:

أولاً: أن يكون التعدد في حدود الشريعة الإسلامية: يتسم هذا الشرط بنوع من العمومية والطابع الفضفاض، لأن المشرع لم يبين الحدود الواجب مراعاتها، مع أننا نعتقد أن المقصود من هذا الشرط عدم تجاوز العدد المحدد في الآية الكريمة، وهو أربع نسوة مجتمعات، إذ لا يجوز للشخص الزواج بخامسة، إلا إذا خرجت من عصمته واحدة منهن بأي سبب من الأسباب¹.

ثانياً: وجود المبرر الشرعي: وهذا الشرط مخالف للشريعة الإسلامية التي لا تشترط وجود مبرر للتعدد، بحيث تجيز للرجل الزواج بأكثر من امرأة واحدة دون الحاجة إلى تبرير ذلك²، وقد وضع المشرع مثل هذا الشرط تضيقاً منه لحرية الرجل في التعدد، ولم يذكر المشرع لا على سبيل المثال ولا على سبيل الحصر، ما يمكن أن يعتبر مبرراً شرعياً للتعدد، وهو ما يفتح

¹ محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص. 306.

² محمد علي الصابوني، شبهات وأباطيل حول تعدد زوجات الرسول صلى الله عليه وسلم، من كتاب صفوة التفسير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999، ص. 19.

المجال أمام القاضي لإعمال سلطته في تقدير ما يمكن أن يكون مبررا شرعيا، وما لا يمكن أن يكون كذلك، والمسألة مسألة واقع، لا مسألة قانون¹.

ثالثا: توفر شروط ونية العدل للزوج: أما شروط العدل فتتصرف أساسا إلى القدرة المالية؛ أي القدرة على الإنفاق، إذ لا يعقل لمن لا يقدر على إعالة زوجة واحدة أن يعيل زوجتين، لأن مثل هذا الشخص إن عدد، فسوف يجحف في حق إحدى زوجاته أو في حقهن جميعا².

أما عن نية العدل، فهي أمر باطني، لا يمكن للقاضي التحقق منه، إلا من خلال ظروف الحال، لأن العدل الفعلي بين الزوجات لا يمكن التأكد منه، إلا بعد حصول التعدد فعلا³.

وبلاحظ أن مفهوم العدل لا ينصرف إلى العدل العاطفي، وإنما إلى العدل المادي، كالعدل في النفقة، والعدل في المبيت، وغير ذلك، وهذا مضمون قوله صلى الله عليه وسلم: "اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"⁴، لأن الرسول عليه الصلاة والسلام كان يحب عائشة رضي الله عنها أكثر من باقي زوجاته، رغم عدله بينهن في الأمور المادية⁵.

وقد أكد المولى عز وجل في كتابه هذا الشرط أكثر من الشروط الأخرى، وذلك في قوله تعالى: "فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً"⁶، وقوله كذلك: "وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ"⁷، وقوله كذلك: "ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا"⁸.

¹ عبد الفتاح تقي، الإشكالات القانونية في القانون رقم 84-11، م.ج، 2003، عدد 2، ص. 94.

² وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 168.

³ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 122.

⁴ سليمان السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، الجزء الثاني، كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، حديث رقم 2134، ص. 242.

⁵ بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام: بحث تحليلي ودراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار التأليف، مصر، 1961، ص. 127.

⁶ سورة النساء، الآية 03.

⁷ سورة النساء، الآية 129.

⁸ سورة النساء، الآية 03.

والحكمة من هذا التأكيد أن عدم العدل بين الزوجات -وربما الأولاد كذلك- يعتبر ظلماً، والظلم حرمه الله على نفسه قبل أن يحرمه على عباده، فقال أعز من قائل في الحديث القدسي: "يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا"¹.

رابعاً: إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالتعدد: تشترط المادة 8 ق.أ للتعدد، أن يكون الراغب فيه قد أعلم الزوجة السابقة واللاحقة بهذا الأمر، مع أنه كان على المشرع أن يحدد طريقة الإخبار هذه؛ هل يشترط أن تتم بطريقة رسمية، أم تكفي فيها المشافهة، لأنه قد يحصل أن تدعي إحداهن عدم علمها بأمر التعدد، فلا يكون لدى الزوج أي دليل لنفي هذا الادعاء²، ومن جهة أخرى، استعمل المشرع عبارة "الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة"، وكأن المشرع لا يجيز التعدد إلا في حدود زوجتين، وهو ما يعد مخالفة للشرط الأول.

خامساً: موافقة الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة: أوقفت المادة 3/8 سلطة القاضي في منح الترخيص على ضرورة التأكد من موافقة الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة على التعدد، مع أنه لم يبين ما إذا كانت هذه الموافقة لا بد وأن تصب في قالب شكلي أم لا، بحيث يكفي القاضي بتصريح الزوجين مشافهة بموافقتهما³، مع أننا نرجح الاحتمال الأول، إذ لا يعقل للقاضي أن يستهين بأمر كهذا، ويكتفي فيه بالمشافهة.

الفرع الثاني: طبيعة الترخيص بالتعدد وسلطة القاضي في منحه

على غرار الترخيص بالزواج للقاصر، يندرج الترخيص بالتعدد ضمن الأعمال الولائية، وليس الأعمال التنازعية، ويمنح كما جاء في المادة 2/8 من طرف رئيس المحكمة التي يدخل في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، مع الملاحظ أن المشرع لم يتعرض لإمكانية الطعن في

¹ مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، الجزء الرابع، كتاب: البر والصلة والآداب، باب: تحريم الظلم، حديث رقم 2577، ص. 1995.

² الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 112.

³ المرجع نفسه.

التراخيص بالزواج¹، مع أننا نرى إمكانية ذلك ممن له مصلحة، سواء استجاب القاضي لطلب التراخيص أم رفض.

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى توافر الشروط الواردة في المادة 8 ق.أ، وخاصة بالنسبة لوجود المبرر الشرعي، ووجود شروط ونية العدل بين الزوجات، وللقاضي كذلك أن يطلب أي وثيقة أو يأمر بأي إجراء يراه مناسباً وضرورياً للتأكد من هذه الشروط².

وإذا كان المشرع قد منح للقاضي السلطة التقديرية في تقدير مدى توافر شروط التعدد، فقد منحه السلطة كذلك في الاستجابة لطلب التراخيص من عدمها، وذلك بصراحة المادة 3/8: "يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية"، فبمقتضى هذا النص، يمكن للقاضي أن يتمتع عن منح التراخيص حتى إذا توافرت شروط التعدد، وهو حكم غريب، إذ لا يعقل أن يتأكد القاضي من توافر الشروط الواردة في المادة 8، ويمتنع عن منح التراخيص، وإن كان المشرع قد سبق له أن أقر مثل هذا الحكم في المادة 3/5 حين نصت: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم له بالتعويض".

ومن هنا نتساءل عما إذا كان المشرع قد قصد مثل هذا الحكم أم لا؟ وهو تساؤل يضعنا أمام فرضين:

- الفرض الأول: إذا كان المشرع قد قصد ترك الحرية للقاضي في منح التراخيص من عدمه، فإن التراخيص يكون في هذه الحالة شرطاً مستقلاً بذاته عن الشروط الموضوعية الواردة في المادة 8 السابق ذكرها أعلاه.

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 192.

² المرجع نفسه، ص. 191.

- الفرض الثاني: إذا كان المشرع لم يقصد ترك الحرية للقاضي في منح التراخيص من عدمه رغم توافر شروط التعدد، فيكون التراخيص مجرد نتيجة للشروط الوارد ذكرها في المادة 8 ق.أ، مع أننا نرجح الرأي الأول على الرأي الثاني، وبذلك تكون للقاضي سلطة تقدير مدى توافر الشروط من عدمها، فإذا توافرت هذه الشروط، لا نرى مبررا للقاضي في الامتناع عن منح التراخيص، وعليه تكون السلطة في منح التراخيص المستنتجة من الفقرة الثالثة من خلال عبارة "جاز للقاضي"، هي نفسها السلطة التقديرية في تقدير توافر الشروط من عدمها.

الفرع الثالث: حكم التعدد الواقع بدون ترخيص

قد يحصل أن يقبل الزوج على إبرام عقد زواجه دون الحصول على ترخيص من القاضي بالتعدد وفق أحكام المادة 8 ق.أ، مما يطرح التساؤل حول مصير هذا الزواج؟

إن مثل هذا الزواج يعتبر صحيحا، طالما توافرت فيه الأركان والشروط الواردة في المادتين 9 و9 مكرر ق.أ، ذلك أن التراخيص بالتعدد هو مجرد إجراء شكلي لا يتطلب في إبرام عقد الزواج، فلا هو ركن للزواج، ولا هو شرط من شروطه، فهو مجرد وثيقة يتطلبها القانون لتحريز عقد الزواج لدى ضابط الحالة المدنية أو الموثق¹، ومن البداية ألا يعتبر هذا التراخيص من عناصر وجود أو صحة عقد الزواج، طالما أن هذا الأخير في حد ذاته ليس بعقد شكلي، إذ يعتبر عقدا رضائيا كأصل عام، بصراحة المادة 4 ق.أ: "الزواج عقد رضائي..."

وتأكيدا لذلك، نصت المادة 1/22: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي"، فالواضح من خلال هذا النص أن المشرع اعتبر تسجيل عقد الزواج مجرد وسيلة للإثبات لا غير، ولم يجعله ركنا للزواج ولا شرطا له، بل أبعد من ذلك، فقد أقر طريقتين لتسجيل هذا العقد:

¹ يراجع فيما يخص شروط التعدد: دنوني هجيرة، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية، 1987، العدد 2، ص. ص. 501-502.

- الطريقة الأولى: أن يسجل العقد أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، ويعتبر هذا الإجراء هو الأصل، ويتم بالموازاة مع إبرام العقد.

- الطريقة الثانية: أن يثبت العقد بحكم قضائي كاستثناء، وذلك في حالة الدخول دون تسجيل العقد لدى ضابط الحالة المدنية أو الموثق.

ونظرا لصعوبة تحقق الشروط المنصوص عليها في المادة 8 مكرر، ولا سيما شرط موافقة الزوجة السابقة الذي يعد ضربا من الخيال، عادة ما يعتمد الراغب في التعدد عدم تسجيل زواجه لدى ضابط الحالة أو من يقوم مقامه حتى لا يطلب منه الترخيص القضائي، الذي يصعب، وربما يستحيل الحصول عليه، ثم يلجأ بعد الدخول إلى إثبات الزواج بحكم قضائي من خلال عريضة يقدمها إلى وكيل الجمهورية، أين يكفيه إحضار شاهدين ممن شهدوا العقد وحضروا العرس حتى يتم إثبات عقد زواجه¹، طالما أبرم الزواج وفق الأركان والشروط المقررة قانونا في المادتين 9 و9 مكرر ق.أ.

ويتعهد الراغبون في التعدد اللجوء إلى هذا الحل، لأن المشرع لم يشترط لإثبات عقد الزواج بحكم قضائي أن يكون عدم تسجيل الزواج لدى ضابط الحالة المدنية أو الموثق قد وقع سهوا، أو نظرا لظروف قاهرة كالبعد عن مقر البلدية أو شيء من هذا القبيل، وبذلك يستوي أن يكون الزوج متعمدا، أم غير متعمد حتى يقبل منه طلب إثبات الزواج²، ولا نعتقد أن المشرع قد أقر هذا الحكم خطأ، بل نرى أنه حاول نسخ حكم المادة 8 ق.أ بطريقة غير مباشرة، وقد وفق في ذلك بالفعل.

وإذا كانت هذه المادة قد وضعت لتجنب التراخيص القضائي الواجب الحصول عليه من أجل التعدد، فإننا نرى أن التوسع في تطبيقها قد يؤدي إلى الإخلال بالشروط الجوهرية، ولا

¹ كريمة محروق، المرجع السابق، ص. 44.

² وهو ما سنفصل فيه في الفصل الثاني من هذا الباب.

سيما شرطي القدرة والعدل، طالما أن المشرع لم يلزم القاضي لإثبات الزواج اللاحق غير المسجل أن يتحرى توافر هذه الشروط، مما قد يخرج التعدد عن إطاره الشرعي والقانوني¹، فإذا كنا نسلم بأنه لا طائل من وراء اشتراط المبرر الشرعي وموافقة الزوجة السابقة، فإننا نتمسك بالشروط الأخرى، ولا سيما شرط العدل، القدرة، وموافقة الزوجة اللاحقة، لأن إخفاء هذه الحقيقة عنها يعد بمثابة تدليس.

وإذا كان لم يشترط لإثبات الزواج بحكم قضائي أن تتم واقعة الدخول، فإنه في حالة ما إذا لم يحصل دخول يكون الزواج معرضا للفسخ، وذلك تطبيقا لمقتضيات المادة 8 مكرر 1 ق.أ: "يفسخ الزواج قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه"، وهو النص الذي يتماشى في مضمونه مع نص المادة 22 ق.أ السابق شرحها، ولم يكتف المشرع بإقرار فسخ الزواج قبل الدخول، بل قرر لكل زوجة حق المطالبة بالتطليق في حالة التدليس، أي في حالة ما إذا أخفى الزوج عنها وجود التعدد²، حيث جاء في نص المادة 8 مكرر: "حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

فالواضح من هذه المادة، أن المشرع قد منح الحق للزوجة (أو الزوجات) السابقة والزوجة اللاحقة الحق في المطالبة بالتطليق طبقا للمادة 6/53 ق.أ، ولم يميز بين حالة الدخول وحالة عدم الدخول، مما يفهم أنه يمكن المطالبة بالتطليق حتى قبل الدخول، مع أننا لا نرى ضرورة لذلك، طالما أن المشرع قرر فسخ العقد إذا لم يحصل دخول (المادة 8 مكرر 1).

وجدير بالإشارة، أن نص المادة 8 مكرر إنما يؤكد أن التراخيص بالتعدد لا يعتبر ركنا ولا شرطا للزواج، ولو كان كذلك لقرر للزوجة اللاحقة في حالة التدليس حق المطالبة بإبطال العقد

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 279 وما بعدها.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 26-09-1955، ملف رقم 122443، م.ق، 1999، عدد 55، ص. 171. محكمة سيق، 28-10-1984، رقم 84-184، غير منشور.

لاحق المطالبة بالتطليق¹، مع أننا نؤكد أن تطبيق أحكام التدليس وفق النظرية العامة للعقد، يعطيها بالفعل هذا الحق، طالما أن الزواج من قبل صفة جوهرية في شخص الزوج، ومن المهم أن تعلم به الزوجة، وطالما أخفيت عنها هذه الحقيقة من قبل الزوج (المادتان 85 و86 ق.م).

المبحث الثاني

التراخيص الإدارية

سعيًا منه للحفاظ على النظام العام، ومراعاة منه لخصوصية بعض المراكز القانونية وحساسية بعض الوظائف، أقر المشرع ضرورة الحصول على ترخيص مسبق من الجهة المختصة يسمح للمعني بالزواج، ويتعلق الأمر في هذا المقام بالتراخيص بالزواج المختلط (المطلب الأول)، والتراخيص لأعوان الجيش والدرك والشرطة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التراخيص بالزواج المختلط²

يقصد بالزواج المختلط ذلك الذي يكون أحد طرفيه أجنبيًا³، ولكي يتم هذا الزواج، لا بد من الحصول على ترخيص مسبق من الولي (مديرية التنظيم والشؤون العامة)، وذلك بمقتضى التعليمات الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية تحت رقم 09 مؤرخة في 05 نوفمبر 2018، التي تتضمن تنظيم إصدار رخصة الزواج المختلط من حيث تحديد الشروط الواجب احترامها لإصدار رخصة الزواج المختلط (الفرع الأول)، وإجراءات طلب

¹ كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى الشرعية، دار الكتب القانونية، مصر 2002، ص. 14. علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 179 وما بعدها.

² المعلومات الواردة في هذا المطلب مستقاة من التعليمات الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية تحت رقم 09، مؤرخة في 05 نوفمبر 2018، تتضمن تنظيم إصدار رخصة الزواج المختلط.

³ الطيب زروتي، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتها في الزواج المختلط، م.ج، الجزائر، 1993، العدد 4، ص. 952 وما بعدها.

رخصة الزواج المختلط (الفرع الثاني)، ومكونات ملف طلب رخصة الزواج المختلط (الفرع الثالث)، وإجراءات إصدار رخصة الزواج المختلط (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الشروط الواجب احترامها لإصدار رخصة الزواج المختلط

تتشرط التعلية لإصدار رخصة الزواج المختلط توافر خمسة شروط وهي:

- أن تكون وضعية إقامة الأجنبي فوق التراب الوطني قانونية، وذلك بأن يكون حائزا على بطاقة المقيم الأجنبي، أو تأشيرة الدخول، أو جواز السفر حسب الحالة.

- أن يتمتع بالقدرة على الزواج التي تثبت بموجب شهادة القدرة على الزواج، صادرة عن ممثليه الدبلوماسية، أو شهادة رسمية ماثلة تفي بذات الغرض، ولم يحدد المشرع مفهوم القدرة: هل يقصد بها القدرة البدنية، أو العقلية، أو المالية؟

- التأكد من عدم وجود مانع من الموانع الشرعية المشار إليها في المادة 30 ق.أ، ولا سيما ذلك المتعلق بمنع زواج المسلمة بغير المسلم.

- ألا يكون هناك تحايل على القانون والإجراءات المنظمة للزواج المختلط لتحقيق أغراض غير الغرض الرئيسي للزواج، لأنه عادة ما يلجأ الأجنبي إلى الزواج من أجل تسوية وضعيتهم، أو الحصول على الجنسية، أو شيء من هذا القبيل، وهي أغراض مادية بحتة، لا تمت بصلة للزواج، فمتى ثبت مثل هذا التحايل، وجب على مصالح الولاية الامتناع عن منح الرخصة.

- ضرورة المحافظة على التماسك الاجتماعي والأمن القومي والنظام العام، وما يلاحظ على هذا الشرط أنه تضمن في عبارته مفاهيم غريبة نوعا ما، وربما من الصعب على المصالح الولائية تقديرها، كفكرة التماسك الاجتماعي، والأمن القومي، وإن كانت هذه الصعوبة قد تزول بالاستعانة بمصالح الأمن كما سنرى لاحقا.

الفرع الثاني: إجراءات طلب رخصة الزواج المختلط

ما تجب ملاحظته في هذا المقام، أن هذه الرخصة تتعلق فقط بالزواج الذي يكون أحد طرفيه أجنبيا، إذ لا حاجة إليها متى كان طرفا الزواج كلاهما أجنبيا، إذ يكفي مباشرة إجراءات الزواج أمام المصالح القنصلية لدولتيهما، ومنه، فهذا التراخيص لا يطلب إلا لأن فيه طرفا جزائريا يسعى القانون لحمايته، فعلى طالب رخصة الزواج المختلط اتباع الإجراءات التالية حسب ما جاء في التعليمات الوزارية:

- ملء استمارة طلب رخصة الزواج تسلمها الإدارة المحلية المختصة، أو تسحب من الموقع الرسمي لوزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية.

- إيداع طلب رخصة الزواج المختلط ثلاثة أشهر قبل إبرام الزواج مقابل تسليم وصل إيداع لأحد الطرفين، وتحتسب هذه المدة ابتداء من تاريخ إيداع الملف الورقي على مستوى المصالح المحلية المختصة.

- يودع الملف من طرف المعنيين بالأمر، وعند غياب أحدهما، يمكن تقديم الملفين من الطرف الآخر بناء على وكالة عادية من الطرف الغائب، وما يلاحظ على هذا الشرط أن المشرع لم يشترط أن يكون الطرف الأجنبي هو الغائب حتى يمكن للطرف الآخر إيداع الملفين، بل قد يكون الطرف الجزائري هو الغائب، ويتم إيداع الملفين من قبل الطرف الأجنبي.

- يودع الملف حسب الحالة لدى المصالح المختصة بولاية إقامة الطرف الجزائري إذا كان الأجنبي غير مقيم، أو لدى المصالح المختصة لولاية إقامة الطرف الأجنبي إذا كان مقيما.

الفرع الثالث: مكونات ملف طلب رخصة الزواج المختلط

ليس الأجنبي هو وحده المعني بطلب رخصة الزواج، إنما الوطني كذلك، بحيث يتعين على كل واحد منهما تقديم ملف خاص يتكون من الوثائق التالية:

أولاً: بالنسبة للطرف الجزائري

يتكون الملف المقدم من الطرف الجزائري من الوثائق التالية:

- ثلاث صور شمسية للهوية حديثة؛
- شهادة عدم الزواج، وعدم الطلاق، وعدم إعادة الزواج؛
- نسخة من وثيقة إثبات الهوية؛
- إثبات إقامة (وصل كهرباء، أوهاتف، أوفاتورة ماء، أو أي وثيقة أخرى تفي بالغرض المطلوب)؛
- شهادة ميلاد ح. م. 07 محينة بالبيانات الهامشية تستخرجها مصالح الولاية المستقبلية للملف من السجل الوطني للحالة المدنية وتدرجها في الملف؛
- وكالة عادية لإيداع الملف والإمضاء عند الاقتضاء.

ثانياً: بالنسبة للطرف الأجنبي

- ثلاث صور شمسية للهوية حديثة؛
- شهادة ميلاد نسخة كاملة؛
- شهادة عدم الزواج أو عدم إعادة الزواج أو شهادة الطلاق أو شهادة مماثلة تفي بالغرض؛
- نسخة من جواز السفر قيد الصلاحية؛
- شهادة إيواء أو حجز في الفندق بالنسبة لغير المقيمين؛
- شهادة اعتناق الإسلام بالنسبة للرجل، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 30 ق.أ، لأنه لا يجوز لغير المسلم أن يتزوج من المسلمة الجزائرية، في حين لا يشترط هذا الشرط بالنسبة للمرأة، لأنه

يجوز للمسلم الجزائري الزواج من الأجنبية غير المسلمة، شريطة أن تكون كتابية، وعليه نتساءل عما إذا كان من الواجب إيداع شهادة المسيحية أو اليهودية أم لا؟ مع أن المشرع لم يمنع في قانون الأسرة الزواج من غير ذات دين سماوي، وإنما هو حكم مستمد من الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 ق.أ.

- شهادة القدرة على الزواج صادرة عن الممثلة الدبلوماسية أو القنصلية لدولته المعتمدة في الجزائر، أو عن السلطات المختصة في بلده، أو أي وثيقة رسمية مماثلة تفي بالغرض؛

- نسخة من بطاقة المقيم الأجنبي قيد الصلاحية بالنسبة للرعايا المقيمين فوق التراب الوطني؛

- شهادة سوابق عدلية صادرة عن الدولة الأجنبية التي تحمل جنسيتها ومصادق عليها من طرف ممثليته الدبلوماسية أو القنصلية المختصة، مع ترجمتها إلى اللغة العربية أو أي وثيقة رسمية مماثلة تفي بذات الغرض؛

- وكالة عادية لإيداع الملف والإمضاء عند الاقتضاء.

يرفق الملف الأصلي بنسخة لجميع الوثائق المكونة له.

رابعاً: إجراءات إصدار رخصة الزواج المختلط

بعد إيداع الملف لدى مصالح الولاية، تتخذ المصالح المختصة في سبيل إصدار الرخصة

الإجراءات التالية:

- تتأكد مصالح الولاية من توافر الشروط والوثائق المطلوبة، فإذا كان الملف ناقصاً يرفض، أما إذا كان كاملاً، فيسلم وصل إيداع لأحد الطرفين، وإرسال الملف إلى مصالح الأمن المختصة في أجل لا يتعدى 10 أيام كحد أقصى.

- تجري المصالح المختصة للمديرية العامة للأمن الوطني مقابلة مع الطرفين بعد تبليغهم بتاريخ موعد المقابلة بكل الوسائل المتاحة، بحيث لم تشترط التعليمه وسيلة معينة بذاتها للتبليغ.

- بعد إبداء المصالح المختصة بالمديرية العامة للأمن الوطني رأيها، يصدر الوالي رخصة الزواج المختلط، وفي كل الحالات يتوجب على مصالح الأمن الرد على الملفات في أجل لا يتعدى 15 يوما قبل انتهاء مدة ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع الملف لدى مصالح الولاية، مع الملاحظ أن التعليمه لم تشر إلى طبيعة رأي المصالح الأمنية ما إذا كان ملزما للوالي أم لا، والظاهر من خلال مضمون التعليمه أنه غير ملزم.

- في حالة عدم الرد على طلب رخصة الزواج المختلط من طرف المصالح الأمنية في الأجل المحدد أعلاه، يقوم الوالي بالفصل في الطلب، إما بمنح الرخصة الإدارية، أو برفض منحها مع التعليق.

- في الأخير، يقوم الوالي بتبليغ القرار النهائي للمعنيين بالأمر وللجهات التالية:

- وزارة الشؤون الخارجية (عن طريق وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية)؛

- وزارة العدل (النائب العام لدى المجلس القضائي المختص إقليميا)؛

- وزارة الشؤون الدينية (مدير الشؤون الدينية والأوقاف المختص إقليميا)؛

- المديرية العامة للأمن الوطني (رئيس الأمن الولائي).

تحدد مدة صلاحية رخصة الزواج المختلط بسنة واحدة، وفي حالة عدم إبرام الزواج بعد

انقضاء مدة صلاحيتها، يتم إعادة إجراءات طلب الرخصة من جديد.

المطلب الثاني

الترخيص بالزواج للمشتغلين ببعض الوظائف الحساسة

قد يكون المقبل على الزواج يشتغل في وظيفة حساسة، مما يحتم عليه استصدار رخصة بالزواج من الهيئة المستخدمة، وذلك تحت طائلة رفض تسجيل عقد زواجه لدى المصالح المختصة، ويتعلق الأمر أساساً بالمنتقلين إلى صفوف الجيش الوطني الشعبي، والدرك الوطني، والأمن الوطني.

فاستناداً للمنشور الصادر عن وزارة العدل تحت رقم 364، مؤرخ في 25 جوان 1969، فإنه يتعين على أعوان الجيش الوطني الشعبي وأعوان الدرك الوطني الحصول على ترخيص مسبق بالزواج يصدر عن وزارة الدفاع الوطني، وكذلك الأمر بالنسبة للمنتقلين إلى الأمن الوطني، بحيث يتعين عليهم بمقتضى المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 10-322، المؤرخ في 22 ديسمبر 2010، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتقلين إلى أسلاك الأمن الوطني، والمادتين 23 و24 من المرسوم رقم 418/83، المؤرخ في 13 أوت 1983، الذي يحدد الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني الحصول على ترخيص من الهيئة المستخدمة، وذلك بتقديم ملف قبل ثلاثة أشهر من الاحتفال يتكون من الوثائق التالية:

- طلب خطي؛

- نسخة من شهادة ميلاد الزوج وشهادة الجنسية وإذا اقتضى الأمر ذكر مهنة الزوج؛

- بالنسبة للنساء يتعين عليهن إثبات الترسيم وفق نص المادة 23 من المرسوم.

وبمجرد تقدم المعني لطلب الرخصة، يتم إجراء تحقيق اجتماعي حول الطرف الآخر وأسرته للبحث فيما إذا كان لا يؤثر على المعني في تأدية واجباته المهنية، وبناء على هذا

التحقيق، تصدر الجهة المختصة قرارها بالتراخيص أو المنع¹، كما إذا كان الطرف موضوع التحقيق أو أسرته قد تورطوا من قبل في قضايا سياسية أو إرهابية، مع الملاحظ أنه يمنع على المنتسبين إلى الأجهزة الأمنية مطلقا الزواج من الأجانب ومجهولي النسب.

والملاحظ، أن الزواج بدون رخصة لا يقع باطلا، طالما أنها مجرد مسألة شكلية إجرائية تشترط لتسجيل عقد الزواج لا لإبرامه²، وذلك دون الإخلال بإمكانية المساءلة التأديبية من طرف السلطة السلمية، ونفس الشيء بالنسبة للمنتسبين إلى صفوف الجيش الوطني الشعبي والدرك الوطني، إذ لا يرتب المنشور المذكور أعلاه أي أثر على تخلف الرخصة، ومن ثم، ينعقد الزواج صحيحا.

وقد يحصل أن يبزم المعني عقد زواجه دون تسجيله تجنباً لهذا الإجراء، ثم يتجه بعد الدخول إلى القاضي للمطالبة بإثبات العقد وفق أحكام المادة 22 ق.أ، في هذه الحالة، يثار التساؤل عما إذا كان سيقبل هذا الطلب أم لا؟

بالرجوع إلى نص المادة 22 نجدها لم تلزم القاضي بالتحري في مدى توافر مثل هذا الإجراء، وهو ما يعني أن القاضي بإمكانه أن يثبت الزواج لمن لم يستصدر ترخيصاً من الهيئة المستخدمة، تماماً مثلما يثبت زواج الشخص الذي لم يحصل على ترخيص بالتعدد، غير أننا نرى أن الأمر مختلف نوعاً ما، وذلك نظراً لكون المسألة تتعلق بالنظام العام، بل بأهم عنصر من عناصر النظام العام، وهو الأمن العام³، لأن الهدف من هذه الرخصة هو مراقبة الزيجات التي يكون أحد أعوان الجيش الدرك والشرطة طرفاً فيها، لأن الزواج يعني مطلق الارتباط بين الرجل والمرأة، مما قد يتسبب في الإخلال بالسر المهني ونشر أسرار الدولة، وهو أمر لا تحبذه السلطة.

¹ وذلك خلال شهرين من تاريخ تقديم الطلب عملاً بأحكام المادتين 23 و24 من المرسوم.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 65.

³ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 267.

لأجل ذلك، يرى الباحث أنه من الضروري أن يتحرى القاضي قبل إثبات الزواج فيما إذا كان الزوج أو الزوجة حسب الحالة ينتمي إلى أحد الأسلاك المذكورة، ومتى ثبت ذلك، وجب عليه استصدار إقرار بالزواج من طرف السلطة المختصة¹، أو الامتناع عن إثباته، بل ضرورة فسحه، طالما أن الأمر يتعلق بأمن الدولة.

المبحث الثالث

الشهادة الطبية

في إطار تقييد مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، اشترط المشرع على طرفي عقد الزواج تقديم شهادة طبية من أجل تحرير عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو الموظف المؤهل قانوناً، وقد استحدثت هذه الشهادة بموجب المادة 7 مكرر ق.أ، والمضافة إثر تعديل سنة 2005 حيث نصت: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج .

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

وبالفعل، فقد صدر مرسوم تنفيذي رقم 06-154، مؤرخ في 11 ماي 2006، يحدد

شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة².

¹ وذلك تطبيقاً لقاعدة: "الإقرار اللاحق كالإذن السابق".

² جريدة رسمية مؤرخة في 14-05-2006، عدد 31، ص. ص. 4-5.

وللإمام بموضوع الشهادة الطبية قبل الزواج، لا بد من تحديد طبيعة الشهادة ومضمونها (المطلب الأول)، ثم بيان دور القائم على تحرير عقد الزواج إزاء هذه الشهادة (المطلب الثاني)، ثم الحديث عن القيمة الإلزامية للشهادة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

طبيعة الشهادة الطبية ومضمونها

على غرار التراخيص بالتعدد، لا تعتبر الشهادة الطبية ركنا في الزواج ولا شرطا له، فهي مجرد إجراء شكلي لتسجيل عقد الزواج، فالشهادة الطبية ليست عنصرا من عناصر وجود عقد الزواج، ولا عنصرا من عناصر صحته، فهي لا تدخل في تكوين عقد الزواج، وإنما تدخل في تسجيله لدى الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو حتى المصالح القنصلية في الخارج، وبما أن تسجيل عقد الزواج في حد ذاته لا يدخل في إنشاء العقد، فمن البدهة ألا تكون الشهادة الطبية عنصرا مكونا لهذا العقد¹.

وقد اشترطت المادة 7 مكرر/1 ألا يزيد تاريخ الشهادة الطبية عن ثلاثة أشهر عند تقديمها لدى الشخص المؤهل قانونا لتحرير عقد الزواج، وأن تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج²، ولم يشترط المشرع صدور هذه الشهادة عن طبيب مختص، إذ يكفي صدورها عن طبيب عام بناء على فحص عيادي شامل وتحليل فصيلة الدم طبقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي آنف الذكر، وهي فحوصات قد لا تكون كافية للتأكد من وجود ما من شأنه أن يتعارض مع الزواج، مع أن المشرع قد ترك للطبيب سلطة تقدير الحاجة

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-02-1993، ملف رقم 88856، م.ق، 1996، عدد 2، ص. 69.

² لم يقر المشرع بحصر الأمراض التي يشترط خلو الطرفين منها، وترك الأمر للطبيب باعتبار المسألة من صميم اختصاصه، وهي أمراض كثيرة ومتنوعة قد تتعلق بالرجل، وقد تتعلق بالمرأة، وقد تتعلق بهما معا. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. ص. 131-132.

إلى فحوصات إضافية دعماً للفحص العيادي الشامل وتحليل فصيلة الدم، وذلك استناداً لأحكام المادة 4 من المرسوم التنفيذي.

وتطبيقاً لذلك، فإن الطبيب غير ملزم باللجوء إلى هذه الفحوصات، طالما أن المرسوم قد ترك له الحرية في تقدير الحاجة إلى هذه الفحوصات من عدمها.

ولعل الهدف من طلب هذه الشهادة هو حماية الأطراف من خطر الإصابة بالأمراض المتنقلة عن طريق الزواج، ولا سيما بين الزوجين، ناهيك عن حماية الأولاد من انتقال الأمراض إليهم وراثياً من الأب والأم، وبذلك يكون للشهادة دور وقائي من مثل هذه الانزلاقات، التي من شأنها أن تؤدي إلى وجود أولاد معاقين، أو مصابين بأمراض خطيرة، دون أن يكون لهم ذنب في ذلك¹.

المطلب الثاني

دور القائم على تحرير عقد الزواج إزاء الشهادة الطبية

قبل تحرير عقد الزواج، يستلم القائم على ذلك من طرفي الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 7 مكرر ق.أ، وذلك استناداً لأحكام المادة 6 من المرسوم 06-154، بحيث يتعين على ضابط الحالة المدنية أو الموثق لتحرير عقد الزواج التأكد من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية المطلوبة قانوناً بمقتضى أحكام المادتين 3 و 4 من المرسوم ذاته، ومن علمهما بما قد تحمله هذه الشهادة من أمراض وعوامل تشكل خطراً يتعارض مع الزواج ومقاصده من خلال الاستماع لكل منهما على حدة (المادة 1/7 من المرسوم)، وبذلك يكون المشرع قد ألقى على عاتق القائم بتحرير عقد الزواج التزاماً قد يفوق مؤهلاته، لأن التأكد من علم الطرفين بما تحمله الشهادة الطبية من أمراض ومدى تأثيرها على صحة الزوجين وذريتهما، يقتضي حتماً أن يكون الموثق أو ضابط الحالة المدنية على علم بذلك، وكأن المشرع

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 1996، ص. 230.

يفترض أن هذا الأخير متمكن من المسائل الطبية بشكل يؤهله للقيام بهذه المهمة، مع أنه من الناحية العملية، قد لا يتمكن هذا الأخير حتى من قراءة هذه الشهادة أصلاً.

ومن هنا كان على المشرع أن يسند هذه المهمة للطبيب ذاته، طالما أنه هو من قام بإجراء الفحوصات، وهو من قام بكتابة الشهادة، فيكون أدري بما تضمنته هذه الأخيرة، وما إذا كانت نتائج الفحوصات قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج أو يؤثر سلباً على النسل أم لا، خاصة وأن المشرع ألزم الطبيب بمقتضى المادة 5 من المرسوم 06-154 بأن يبلغ الشخص الذي خضع للفحوصات بملاحظاته ونتائج الفحوصات التي تم إجراؤها، وبأن يسلم الشهادة للمعني حصراً، وربما يكون المشرع قد راعى في ذلك الخصوصية الشخصية والالتزام بالسر المهني¹، مع أننا لا نرى ضرورة لذلك، طالما أن الهدف من هذه الفحوصات هو مصلحة الطرفين بالدرجة الأولى، ومصلحة أولادهما بالدرجة الثانية، ومن هنا لا نرى مبرراً لهذا الحكم، خاصة وأن المشرع قد ألزم ضابط الحالة المدنية بأن يعلم كل طرف بنتائج فحوصات الطرف الآخر قبل تسجيل العقد.

ولكي يقطع المشرع السبيل أمام طرفي العلاقة لأي ادعاء بهذا الخصوص، ألزمت المادة 7 مكرر/2 ق.أ الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يؤشر في عقد الزواج بخضوعهما للفحوصات الطبية، ومن علمهما بنتائجها وما إذا كانت تشكل خطراً يتعارض مع الزواج، وبذلك لا تبقى أمام أي من الزوجين فرصة للتذرع بمثل هذه الأمور².

¹ المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 276/62 مؤرخ في 06-07-1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب. أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص. 31 وما يليها.

² الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 194.

المطلب الثالث

القيمة الإلزامية للشهادة الطبية

ما تجب ملاحظته بخصوص القيمة الإلزامية للشهادة الطبية أن المادة 7 مكرر ق.أ، تضمنت تناقضا بين الفقرة الأولى والثانية، إذ يفهم من الفقرة الأولى أنه لا يمكن تحرير عقد الزواج، إلا إذا كانت الشهادة تتضمن نتائج إيجابية، بحيث تثبت خلو الطرفين من مختلف الأمراض والعوامل التي من شأنها أن تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، في حين يفهم من الفقرة الثانية أنه يكفي لتحرير عقد الزواج أن يعلم الطرفين بنتائج الفحوصات، وما إذا كانت تكشف عن أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

ومن هنا يثور التساؤل حول الحكم الأولى بالتطبيق: هل الحكم الوارد في الفقرة الأولى، أم الحكم الوارد في الفقرة الثانية؟

أجابت على هذا التساؤل المادة 2/7 من المرسوم 06-154: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين".

يستفاد من هذه المادة أن المشرع لم يلزم الطرفين بالتقيد بنتائج الفحوصات الطبية، بحيث ترك لهما الحرية في المضي في مشروع الزواج من عدمه، حتى وإن كانت نتيجة الفحوصات سلبية، إذ لا يمكن للقائم على تحرير عقد الزواج أن يمتنع عن تحرير العقد، طالما أصر على ذلك المعنيين¹، وبذلك يكون المشرع قد فضل إرادة المتعاقدين، وكرس مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، فرغم اشتراطه الشهادة الطبية لتسجيل عقد الزواج، إلا أنه لم يلزم طرفي العقد بالتراجع عن زواجهما، متى كانت الشهادة تشير إلى وجود أعراض تتعارض مع الزواج.

ويبدو لنا أن مثل هذا الموقف غاية في الصعوبة، إذ يتنازعه وجهان:

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-02-1993، ملف رقم 88856، مذكور سابقا. المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-05-2001، ملف رقم 251656، م.ق، 2002، عدد 1، ص. ص. 306-307.

- الوجه الأول: أن المضي في زواج كهذا، قد يكون مشروعاً فاشلاً بامتنياز، بحيث لا يتحقق الغرض والمقصد منه أصلاً، خاصة إذا كانت الأمراض التي كشفت عنها الفحوصات الطبية من شأنها أن تؤثر سلباً على الإنجاب أو على صحة الزوجين أو ذريتهما، خاصة وأن الطرفين يدركان مسبقاً هذا الأمر.

- الوجه الثاني: أن المشرع قد اشترط هذه الشهادة عند الإقبال على تسجيل عقد الزواج، مع العلم أن هذا الإجراء غالباً ما يتم قبل مدة قصيرة من حفل الزواج قد لا تتجاوز يومين أو ثلاثة، بل قد يكون طرفاً العقد قد أبرم مسبقاً عقد زواجهما، ومثولهما أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق كان بقصد تسجيل الزواج لا غير، وهو ما يعني أن التراجع عن مشروع الزواج يعتبر أمراً شبه مستحيل، حتى وإن كانت الشهادة الطبية تحمل نتائج سلبية بامتنياز.

ومن هنا، كان على المشرع -على الأقل من وجهة نظرنا الشخصية- أن يشترط مثل هذا الإجراء في بداية مشروع الزواج، أي عند الخطبة، لا عند تسجيل عقد الزواج لدى المصالح المختصة، مع إلزام المعنيين بالتراجع عن هذا المشروع¹، الذي قد تكون عواقبه وخيمه عليهما وعلى ذريتهما وعلى المجتمع بصفة عامة، لأن مثل هذا الزواج قد يؤدي إلى إنجاب أبناء معوقين قد يعيشون ألماً ومأساة لم تكن لهم يد فيها، مما يجعلهم عبئاً على الدولة وعلى المجتمع، ومن هنا يفضل الباحث لو أخذ المشرع بالنزعة الموضوعية في هذه المسألة، وتراجع عن مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية كما فعل في كثير من المسائل ذات الصلة بعقد الزواج، خاصة وأن الأمر يتعلق بالصحة التي تعد عنصراً أساسياً من عناصر النظام العام².

¹ ينظر رأي مخالف:

Antoine Culioli, la maladie d'un époux : idéalisme et réalisme en droit Français, revue trimestrielle de droit civil, Paris, 1968, n°: 3, p. 253.

² بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، وهران، 2004، ص. 73.

وخلاصة القول، إن الزواج الذي يبرم مع وجود أمراض أو عوامل تتعارض مع مقاصده لا يشويه البطلان، ولا يتعرض للفسخ، ولم يرتب عليه المشرع حق المطالبة بالتطليق بالنسبة للزوجة، والطلاق المبرر بالنسبة للزوج، وإن كان المشرع قد نص في المادة 2/53 على العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كسبب للتطليق، وهو ما معناه أنه يمكن للزوج أن يطلق كذلك لهذا السبب، ويكون طلاقه مبررا غير تعسفي¹، وهو ما من شأنه أن يطرح التناقض الموجود بين نص المادة 2/53 ق.أ والمادة 2/7 من المرسوم، ويدفعنا إلى التساؤل عما قصده المشرع في نص المادة 2/53: هل قصد العيوب التي لم تتضمنها الشهادة الطبية، أم كل العيوب بما فيها تلك التي لم تتضمنها الشهادة؟

الإجابة على هذا التساؤل يتنازعها وجهان:

- الوجه الأول: المرسوم التنفيذي رقم 06-154 جاء لاحقا لقانون الأسرة، بما في ذلك تعديل سنة 2005، والقاعدة في تطبيق القانون من حيث الزمان أن القانون الجديد يلغي القانون القديم، وبالتالي ينصرف مفهوم العيوب الواردة في المادة 2/53 إلى العيوب التي لم تتضمنها الشهادة الطبية فقط.

- الوجه الثاني: أن المشرع لم يحدد في المادة 2/53 العيوب التي يمكن أن تكون سببا لطلب التطليق، واكتفى بوصفها "التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج" من جهة، ومن جهة أخرى، فإن قانون الأسرة أعلى في هرم القوانين من المرسوم التنفيذي، وبذلك يمكن أن ينطبق مفهوم العيوب حسب هذه المادة على العيوب التي تضمنتها الشهادة الطبية.

والراجح في اعتقادنا أن المادة 2/53 هي الأولى بالتطبيق، طالما أن المشرع لم يمنع في المادة 7 مكرر ق.أ، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 06-154 الزوجة من المطالبة بالتطليق لوجود مرض أو عامل قد يتعارض مع الزواج من جهة، والمادة 2/53 لم تشترط عدم علم الزوجة

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 193 وما بعدها.

بهذه العيوب، وإن كان على المشرع إقرار هذا التفصيل، إذ لا يعقل أن تُعلم الزوجة بوجود أمراض قد تؤثر على العلاقة الزوجية وربما على الذرية، ثم تطالب بالتطليق لوجود مثل هذا المرض، لأن ذلك يعتبر إجحافاً في حق الزوج، وذلك دون الإخلال بحقها في الخلع (المادة 54 ق.أ)، أو الطلاق بالتراضي (المادة 48 ق.أ)¹.

ولم يكتف المشرع بترك الحرية للمعنيين للمضي في عقد الزواج من عدمه، بل أقر حكماً في المادة 22 ق.أ من شأنه أن يؤدي إلى عدم استخراج هذه الشهادة أصلاً، إذ جاء في هذه المادة: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي...".

فموازاة مع ما قلناه بشأن التراخيص بالتعدد، يمكن لمن يريد تجنب اشتراط هذه الشهادة من طرف ضابط الحالة المدنية أو الموثق أو المصالح القنصلية، أن يعتمد عدم تسجيل عقد زواجه، ثم يلجأ إلى القضاء بعد الدخول ليطالب بإثبات عقد زواجه بناء على طلب يقدم لوكيل الجمهورية².

وفي السياق ذاته، يطرح بشأن الزواج غير المسجل التساؤل عما إذا كان من حق طرفي العقد المطالبة بالإبطال للغلط أو التدليس إذا أثبت أن الزوج الآخر مصاب بمرض من شأنه أن يتعارض مع الزواج؟

يرى الباحث في هذا الشأن إمكانية المطالبة بالإبطال إذا تمكن المدعي من إثبات الغلط أو التدليس بعناصرهما وشروطهما، طالما أن مثل هذه الأمراض تشكل في الغالب الأعم صفة

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 176 وص. 208 وما بعدها.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 279 وما بعدها.

جوهرية في شخص المتعاقد، مع أن المسألة خاضعة للمعيار الذاتي لا الموضوعي، كما أشرنا إلى ذلك سلفاً عند الحديث عن عيوب الإرادة¹.

غير أننا نرى أنه من المستحسن حرمان المتعاقد من هذه المكنة متى ثبت أنه كان يعلم بضرورة إجراء الفحص الطبي قبل الزواج ورفض ذلك بسوء نية أو بتواطؤ مع الطرف الآخر، لأن المتعاقد في مثل هذه الحالة يكون قد رفض حماية قانونية وقائية وهي الشهادة الطبية، فجزاء لذلك، يحرم من الحماية القانونية العلاجية أو البعدية وهي الإبطال، وإن كان يبقى محتفظاً بحقة في الطلاق (المادة 48 ق.أ)، أو التطليق (المادة 53 ق.أ) حسب الحالة².

ولا يفوتنا في هذا المقام التذكير بالملاحظتين الآتيتين:

- استعمل المشرع في المادة 7 مكرر/1 عبارة "طالبي الزواج"، وأعاد ذكرها في المادتين 2 و6 من المرسوم رقم 154-06، وهي عبارة نرى أنها في غير محلها، لأن الزواج ليس بخدمة تقدم من الموثق أو ضابط الحالة المدنية، بل هو عقد يتم بالتراضي بين طرفيه، متى توافرت عناصره المقررة قانوناً، لذلك نرى أنه كان من الأحسن استعمال عبارة "الراغبين في الزواج" بدل "طالبي الزواج".

- اكتفى المشرع في الفقرة الثانية من المادة 7 مكرر ق.أ بالإشارة إلى الموثق وضابط الحالة المدنية، دون المصالح القنصلية، وهو ما يحمل على الاعتقاد أن هذه الأخيرة غير معنية بأحكام هذه المادة، مع أن الأمر ليس كذلك، لأن المادة الأولى من قانون الحالة المدنية تعطي لرؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية ورؤساء المراكز القنصلية، صفة ضابط الحالة المدنية، فهذه المصالح هي عبارة عن امتداد لسيادة الدولة الجزائرية في الخارج، وبالتالي فهي ملزمة بتطبيق القوانين الجزائرية.

¹ ينظر الفصل الثالث من الباب الأول من الرسالة.

² الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. ص. 179-193.

الفصل الثاني

توثيق الزواج لحظة إبرامه

الفصل الثاني

توثيق الزواج لحظة إبرامه

الأصل أن يتم تسجيل عقد الزواج موازاة مع إبرامه، وذلك بأن يحرر العقد في مجلس انعقاده تفاديا لإنكار العلاقة الزوجية من طرف الزوجين وما يترتب عليه من آثار قانونية، وهو إجراء نرى فيه حماية لطرفي العقد من جهة، وللأولاد فيما بعد من جهة ثانية.

إن الإحاطة بهذا الموضوع، تقتضي منا التطرق إلى الملف الواجب تقديمه لإعداد وثيقة عقد الزواج، والبيانات الواجب إدراجها في هذه الوثيقة (المبحث الأول)، والشخص المؤهل لتوثيق عقد الزواج (المبحث الثاني)، ودوره في إعداد وثيقة الزواج (المبحث الثالث)، والقيمة القانونية لتوثيق عقد الزواج (المبحث الرابع).

المبحث الأول

ملف توثيق عقد الزواج

إن توثيق عقد الزواج أمام الجهة المختصة قانونا، يقتضي تقديم مجموعة من الوثائق (المطلب الأول)، حتى يتسنى استخلاص البيانات الواجب إدراجها في وثيقة الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الوثائق اللازمة لتوثيق عقد الزواج

بغض النظر عن عناصر الزواج المذكورة في المادة 9 و9 مكرر ق.أ، فإن هناك بعض الشكليات والوثائق لا بد من توفرها حتى يسجل العقد لدى الشخص المؤهل قانونا لذلك، فإلى جانب التراخيص المشار إليها أعلاه والتي ارتأينا إفرادها بفصل مستقل نظرا لأهميتها وكثرة تفاصيلها، هناك بعض الوثائق ورغم عدم غرابتها، إلا أنها تبقى مهمة في عملية تسجيل عقد

الزواج لدى المصالح المختصة¹، وهي وثائق ذكرت ضمن قانون الحالة المدنية، لا سيما المواد 74، و75، و76:

- شهادة ميلاد الزوج والزوجة، فإن تعذر عليهما ذلك، جاز لهما تقديم بطاقة التعريف الوطنية أو الدفتر العائلي للأبوين، كما يجوز للزوج تقديم الدفتر العسكري إذا كان ينتمي للمؤسسة العسكرية.

- شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي للاختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية حسب الحالة، لمن لم يكن مكان إقامته معروفا من طرف القائم على تحرير عقد الزواج.

- يتعين على المرأة التي سبق لها الزواج أن تقدم نسخة من حكم الطلاق أو التظليق أو الخلع أو وثيقة وفاة الزوج السابق للتأكد من انتهاء العدة الشرعية².

والملاحظ، أن هذه الوثائق تعتبر ضرورية لتحرير عقد الزواج من طرف الشخص المؤهل لذلك، لأنها تساعد على التعرف على هوية طرفي العقد، وما إذا كانا أهلين للزواج أم لا، وما إذا كان الولي يتمتع بهذه الصفة، إضافة إلى التأكد من عدم وجود علاقة قرابة أو أي مانع يحول دون إبرام العقد.

المطلب الثاني

مضمون وثيقة الزواج

بالنسبة لوثيقة عقد الزواج، يتعين أن يشار فيها إلى أن الزواج قد أبرم وفق الأركان والشروط المقررة قانونا، أي مراعاة لما ورد في نصي المادتين 9 و9 مكرر ق.أ³، بالإضافة إلى البيانات المذكورة في المادة 73 من قانون الحالة المدنية، وهي كالتالي:

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. ص. 265-266.

² ينظر الموانع الشرعية في الفصل الأول من الباب الثاني: مانع العدة.

³ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 269.

- ألقاب وأسماء الزوجين؛
 - تاريخ ومكان ميلادهما؛
 - مهنة الزوجين وتوقيعهما؛
 - ألقاب وأسماء وأعمار أبوي الزوجين؛
 - ألقاب وأسماء وأعمار الشهود؛
 - التراخيص والإعفاءات المقدمة عند الاقتضاء؛
 - تحديد الصداق مع الإشارة إلى المعجل منه والمؤجل (المادة 15)¹؛
 - الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 7 مكرر ق.أ؛
 - حالة الزوجة من حيث كونها بكرًا أو ثيبًا، مع الإشارة إلى أن الثيب قد انقضت عدتها الشرعية، سواء كانت عدة طلاق أم وفاة (المادة 30 ق.أ)²؛
 - مختلف الشروط التي يمكن أن يتضمنها العقد بموجب المادة 19 ق.أ، وكذا المادة 37 ق.أ.
- تلكم هي البيانات الواجب توفرها في وثيقة الزواج تحت طائلة بطلانها وعدم الاعتداد بها قانونًا.

أما المشرع المغربي، فقد عدد البيانات الواجب تضمينها في وثيقة عقد الزواج في المادة 67 من مدونة الأسرة المغربية، وهي كالاتي³:

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13-01-2001، ملف رقم 253366، ق.م، 2002، عدد 2، ص. 440.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18-06-1996، ملف رقم 137571، ق.م، 1997، عدد 2، ص. 93.

³ إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص. 319-320.

- الإشارة إلى الإذن الصادر عن القاضي بتوثيق عقد الزواج، وذلك من خلال بيان رقمه، وتاريخ صدوره؛ ورقم ملف مستندات الزواج، والمحكمة المودع بها، وهو إجراء غير معمول به في القانون الجزائري، إذ لا يشترط حصول الشخص المؤهل لتحرير عقد الزواج على أي إذن مسبق من القاضي؛

- أسماء الزوجين وسنهما وموطن أو محل إقامة كل واحد منهما، ومكان ميلاده، وسنه، ورقم بطاقته الوطنية أو ما يقوم مقامها، وباشتراط المشرع المغربي استظهار البطاقة الوطنية، يكون قد ألقى المتعاقدين من إحضار رسم الميلاد في ملف الزواج، وذلك بموجب القانون رقم 201-09-149 الصادر سنة 2009؛

- اسم الولي عند الاقتضاء؛

- صدور الإيجاب والقبول من المتعاقدين وهما متمتعان بالأهلية والتمييز والاختيار؛

- اسم الوكيل، ورقم بطاقته الوطنية، وتاريخ ومكان صدور الوكالة في حالة الاقتضاء؛

- الوضعية القانونية لمن سبق زواجه؛

- مقدار الصداق في حالة تسميته، مع ذكر المعجل منه والمؤجل، وهل قبض الصداق عيانا أو اعترافا؛

- الشروط المتفق عليها في العقد، أو كما تسمى بالشروط المقيدة للعقد؛

- توقيع الزوجين والولي عند الاقتضاء، لأن هناك حالات لا يشترط فيها المشرع المغربي الولي في عقد الزواج؛

- أسماء العدلين وتوقيعهما وتاريخ الإشهاد على العقد؛

- خطاب القاضي على رسم الزواج مع طابعه.

أما البيانات الواجب تضمينها في عقد الزواج وفق التشريع التونسي، فقد تم التنصيص عليها في الفصل 32 من مجلة الحالة المدنية التونسية، وهي كالآتي:

- أسماء ولقب وحرفة وسن وتاريخ ومكان الولادة وموطن ومحل الإقامة وجنسية الزوجين؛

- أسماء ولقب وحرفة وموطن وجنسية الوالدين؛

- تصريح الشاهدين يكون كل واحد من الزوجين في حل من الروابط الزوجية؛

- أسماء ولقب الزوج السابق لكل من الزوجين مع تاريخ الوفاة أو الطلاق الذي نشأ عنه

انفصام عقده الزواج؛

- إذا اقتضى الحال الرضا أو الإذن اللذين اشترطهما القانون والتنصيص على المهر.

المبحث الثاني

الأشخاص المؤهلين لتوثيق عقد الزواج

نظرا لأهمية عقد الزواج وكونه من عقود الحالة المدنية، لم يترك المشرع الحرية أمام طرفي العقد لتوثيقه أمام من شاءوا، بل قيد حريتهم في ذلك بأن حدد الأشخاص المؤهلين لتوثيق عقود الزواج، وذلك بمقتضى أحكام قانون الحالة المدنية، وكذا أحكام قانون الأسرة، لا سيما المادة 18 منه التي نصت: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون"، وفي السياق نفسه، نصت المادة 21: "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج"، وبالجمع بين نصي هاتين المادتين، نجد أن الأشخاص المؤهلين قانونا لتوثيق عقد الزواج هما: ضابط الحالة المدنية، والموثق.

المطلب الأول ضابط الحالة المدنية

باستقراء نص المادة 18 ق.أ، نجد أنها جعلت توثيق عقد الزواج من اختصاص الموثق أو الموظف المؤهل قانوناً، ولا شك أن المقصود بالموظف المؤهل قانوناً في هذا المقام هو ضابط الحالة المدنية، وبالرجوع إلى نص المادة الأولى من قانون الحالة المدنية نجدها تنص: "إن ضباط الحالة المدنية هم رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه، وفي الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية، ورؤساء المراكز القنصلية".

وعليه، يختلف ضابط الحالة المدنية على المستوى الداخلي (الفرع الأول)، عن ضابط الحالة المدنية في الخارج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضابط الحالة المدنية في الداخل¹

يتمتع بصفة ضابط الحالة المدنية على المستوى الداخلي رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه، وذلك بمجرد فوزهم في الانتخابات البلدية وتتصيصهم من طرف الوالي أو رئيس الدائرة حسب الحالة، ليصبح من صلاحياتهم ممارسة مهام ضابط الحالة المدنية، بما في ذلك تحرير عقود الزواج للأشخاص المقيمين في إقليم البلدية.

غير أن إسناد الاختصاص بتحرير عقود الزواج لكل من الرئيس ونوابه، قد يثير مشكل التنازع الايجابي بينهم، طالما أن المشرع لم يحدد متى يمكن للنواب ممارسة مهام ضابط الحالة المدنية، وهل يشترط لذلك غياب الرئيس أو حصول أي مانع له، خاصة أن المسؤولية القانونية المترتبة على الأخطاء المرتكبة في مجال الحالة المدنية هي أخطاء شخصية بالدرجة الأولى.

¹ يراجع في هذا الشأن: عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص. ص. 67-70. الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. ص. 118-119. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. ص. 268-269.

ومن هنا، نعتقد أنه كان على المشرع أن يضبط المسألة ويقيد اختصاص النائب في ممارسة مهام ضابط الحالة المدنية بغياب الرئيس أو تفويضه لهذه الصلاحية قصد التفرغ لأعمال أخرى.

غير أنه من الناحية العملية، وبالنظر إلى كثرة المهام والمسؤوليات الملقاة على عاتق الرئيس ونوابه، نجد أنه لا الرئيس، ولا نوابه يمارسون مهام ضابط الحالة المدنية، إذ يلجأ الرئيس في الغالب الأعم -إن لم نقل دائماً- إلى تفويض هذه الصلاحية إلى أحد موظفي البلدية الدائمين، وبالغين من العمر 21 سنة، على أن يمارس هذا الأخير مهامه تحت رقابة ومسؤولية الرئيس، وأن ترسل نسخة من قرار التفويض إلى الوالي، وأخرى إلى النائب العام لدى المجلس المختص إقليمياً، وذلك عملاً بمقتضيات المادة الثانية بفقرتها الأولى والثانية من قانون الحالة المدنية: "يجوز لرئيس المجلس الشعبي البلدي، وتحت مسؤوليته، أن يفوض إلى عون بلدي أو أعوان عديدين قائمين بالوظائف الدائمة، وبالغين على الأقل 21 سنة، المهام التي يمارسها كضابط للحالة المدنية لتلقي التصريحات بالولادات والوفيات وتسجيل وقيد جميع العقود والأحكام في سجلات الحالة المدنية، وكذلك لتحرير جميع العقود المتعلقة بالتصريحات المذكورة أعلاه.

يرسل القرار المتضمن التفويض إلى الوالي وإلى النائب العام بالمجلس القضائي الذي توجد في دائرة اختصاصه البلدية المعنية".

ولالإشارة، فإن قرار التفويض لا بد أن يصدر عن رئيس المجلس الشعبي البلدي دون نوابه، وهو ما يحمل على الاعتقاد بأن اختصاص النواب بممارسة مهام ضابط الحالة المدنية اختصاص تفويضي لا اختصاص أصيل، لأن القاعدة المعمول بها أنه لا تفويض على التفويض، إذ لو كان النواب مختصون أصالة بتحرير عقد الزواج، لكان من حقهم تفويض هذه المهمة لمن شاؤوا من موظفي البلدية الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية.

الفرع الثاني: ضابط الحالة المدنية في الخارج¹

يتمتع بصفة ضابط الحالة المدنية في الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دوائر قنصلية، ورؤساء المراكز القنصلية، وعند انشغالهم بمهام ووظائف سياسية أو غيرها، يمكنهم أن يطلبوا من وزير الشؤون الخارجية أن يأذن لنواب القناصل وأعاون السلك القنصلي بممارسة مهام ضابط الحالة المدنية بصفة كلية أو جزئية.

ويختص هؤلاء بتحرير عقود زواج الجزائريين المغتربين، متى كان كلا الطرفين جزائرياً، أما إذا كان أحد الطرفين أجنبياً، كان لهما الخيار في إبرام زواجهما أمام المصالح القنصلية الجزائرية، أو أمام المصالح المختصة بتحرير عقود الزواج هناك.

المطلب الثاني

الموثق

عملاً بمقتضيات المادة 18 ق.أ، يختص الموثق إلى جانب ضابط الحالة المدنية بالمفهوم السابق ذكره بتحرير عقود الزواج، لأن الموثق هو الجهة التي لها الولاية العامة في تحرير العقود وإضفاء الطابع الرسمي عليها بما فيها عقد الزواج الذي لا يختلف في هذه المسألة كثيراً عن العقود الأخرى، والموثق كما تعرفه المادة 3 من قانون التوثيق: "ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة"².

ويتم تعيين الموثق بقرار من وزير العدل حافظ الأختام، وذلك بعد النجاح في المسابقة الوطنية التي تنظمها وزارة العدل، والخضوع لتكوين متخصص يؤهله لممارسة هذه المهنة.

¹ عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، المرجع السابق، ص. ص. 117-119.

² قانون رقم 06-02 مؤرخ في 21 محرم 1427، موافق لـ 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق.

يشترط للالتحاق بمهنة التوثيق حسب المادة السادسة من قانون التوثيق ما يلي:

- التمتع بالجنسية الجزائرية؛

- الحصول على شهادة ليسانس في العلوم القانونية على الأقل أو شهادة معادلة لها؛

- بلوغ سن 25 سنة؛

- التمتع بالحقوق المدنية والسياسية؛

- التمتع بشروط الكفاءة البدنية الضرورية لممارسة المهنة.

ورغم كون التوثيق يندرج ضمن طائفة المهن الحرة، إلا أن المشرع أعطاه صفة الضابط العمومي، لأجل ذلك خوله القانون صلاحية تحرير عقود الزواج رغم ما تنطوي عليه من أهمية وقدسيتها، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها: "يكون الزواج صحيحا متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين وصدّاق وأبرم أمام الموثق..."¹، فواضح من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا تعتد بعقود الزواج المبرمة أمام الموثق، مع أننا لا نؤيد هذا القرار، لأن المتمعن يجد أن المحكمة العليا تشترط لصحة الزواج أن يكون قد أبرم أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، مع أن هذا الإجراء لا يعتبر شرطا لوجود عقد الزواج ولا لصحته، طالما أن المشرع لم يعتبره كذلك في المادتين 9 و9 مكرر ق.أ، وهو ما سنناقشه في موضع لاحق عند التطرق إلى القيمة القانونية لتوثيق عقد الزواج.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 19-09-2000، ملف رقم 248683، م.ق، عدد 2، 2003، ص. 276.

وإذا كان اختصاص ضابط الحالة المدنية في البلدية بتحرير عقد الزواج مقيدا بنطاق إقليمي معين، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للموثق، لأن اختصاص الموثق يمتد إلى كامل التراب الوطني، بغض النظر عن مكان إقامة طرفي العقد أو موطنهما¹.

وخلافا للمشرع الجزائري الذي أسند مهمة توثيق عقد الزواج للموثق وضابط الحالة المدنية، أسند المشرع المغربي هذه المهمة للعدول، وذلك في إطار نظام جمع فيه بين الشهادة والتوثيق في آن واحد، حيث يلعب العدلان دور الشاهدين ودور الموثق أو ضابط الحالة المدنية في الوقت نفسه².

واعتبارا لأهمية هذا النظام، خصه المشرع المغربي بتنظيم محكم رغم ظهور مهنة التوثيق، ولعل من أهم النصوص المنظمة لهذه المهنة، نجد المنشور عدد 14714، المتعلق ببيان كيفية تأسيس وثيقة الزواج وتحريرها (صادر في نوفمبر 1959)، ثم الظهير الشريف الصادر في ماي 1982، ينظم كيفية تلقي الشهادة وتحريرها³، تلاه مرسوم تنظيمي بتاريخ 18 أبريل 1983، يتضمن طريقة تعيين العدول ومراقبة خطة العدالة وحفظ الشهادات وتحريرها وتحديد الأجر، ولعل أهم نص على الإطلاق هو الظهير الشريف رقم 01-06-56، بتنفيذ القانون رقم 03-16، المتعلق بخطة العدالة⁴.

¹ صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، المغرب، 2014، ص. 136.

² إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص. 213-214.

³ ظهير الشريف رقم 332. 18. 1 الصادر في 11 رجب 1402 الموافق 06 ماي 1982 يتضمن الأمر بتنفيذ القانون رقم 81-11 القاضي بتنظيم خطة العدالة وتلقي الشهادة وتحريرها والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 3678 الصادرة بتاريخ 27 أبريل 1984، ص. 680 وما بعدها.

⁴ صادر في 15 محرم 1427 الموافق 14 فبراير 2004، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5400 الصادرة في الفاتح من صفر علم 1427 الموافق 2 مارس 2006، ص. 566 وما بعدها.

وللاشارة، فإن العدلين لا يحرران عقد الزواج إلا بعد تحضير ملف من قبل قاضي الأسرة المكلف بالزواج وفحصه والتدقيق فيه وإصدار إذن بتوثيقه والإشهاد عليه، ليحال مطبوع الزواج بعدها على قاضي الأسرة المكلف بالتوثيق للتأشير عليه، وإمهاره بالصبغة الرسمية¹.

أما المشرع التونسي، فقد أسند مهمة توثيق عقود الزواج لكل من العدلين وضابط الحالة المدنية، وذلك بنص المادة 31 ق.ح.م: "يبرم عقد الزواج بالبلاد التونسية أمام عدلين أو أمام ضابط الحالة المدنية بمحضر شاهدين من أهل الثقة".

وبذلك يكون المشرع التونسي قد خالف نظيره المغربي في ترك الحرية أمام طرفي العقد لاختيار المؤسسة التي توثق عقد زواجهما، فلهما أن يختارا العدلين، ولهما أن يختارا ضابط الحالة المدنية، مع الملاحظ أن العدل في التشريع التونسي يتمتع بصفة المأمور العمومي، ويمارس مهنته لحسابه الخاص، في ضوء القانون عدد 64، لسنة 1994، مؤرخ في 23 ماي 1994، المتعلق بتنظيم مهنة عدول الإشهاد.

ومن جهته، خول المشرع الأردني الاختصاص بتوثيق عقود الزواج للقاضي والمأذون داخل المملكة، وللقناصل المسلمون خارج المملكة، وتشمل كلمة القناصل طبقاً للمادة 36 من قانون الأحوال الشخصية وزراء المملكة المفوضين والقائمين بأعمال هذه المفوضيات ومستشاريها أو من يقوم مقامهم.

المبحث الثالث

دور ضابط الحالة المدنية والموثق في تحرير عقد الزواج

بغض النظر عما إذا تعلق الأمر بالموثق أو ضابط الحالة المدنية، فإن الواجب على القائم بتوثيق عقد الزواج التأكد من توافر عناصر العقد، أي ركن الرضا (المادة 9 ق.أ)،

¹ صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، المرجع السابق، ص. 124.

وشروط الزواج الواردة في المادة 9 مكرر ق.أ، والمتمثلة في الولي، والشاهدين، والصدّاق، والأهلية، وانعدام الموانع الشرعية، وكذا التأكد من الحصول على التراخيص والشواهد التي اشترطها المشرع في حالات معينة، والمشار إليها أعلاه، وكذا مختلف الوثائق المكونة لملف الزواج، فكلها أمور لا بد من توفرها، حتى يتمكن من تحرير العقد وفق البيانات المشار إليها أعلاه¹، وإذا تم إبرام العقد أمام ضابط الحالة المدنية، فإنه يحرره مباشرة في سجل عقود الزواج، ويسلم للزوجين دفترًا عائليًا مثبتًا للزواج، وذلك عملاً بأحكام المادة 1/72، والمادة 117 ق.ح.م.

أما إذا تم تحرير العقد من قبل الموثق، فإن الأخير يقوم بعد توثيقه للعقد بتسليم نسخة للزوجين تسمى "لغيف الزواج" للإثبات²، ثم يقوم بإرسال ملخص إلى ضابط الحالة المدنية المختص في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ العقد لتسجيله في سجل عقود الزواج، وفي خلال مدة 5 أيام الموالية لوصول الملخص، يسجل العقد في سجلات الحالة المدنية ويسلم للزوجين دفترًا عائليًا، ويكتب بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين، وذلك حسب المادة 2/72 ق.ح.م.

أما إذا كان الزواج قد انعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبي، فيحرر من طرف الموظفين الدبلوماسيين والقنصليين أو السلطات المحلية المختصة، ويسجل في السجلات القنصلية طبقاً للقوانين الجزائرية³، وذلك شريطة ألا يخالف الجزائري الأركان والشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الجزائري لإبرام وتحرير عقود الزواج، فرغم دخول طرف أجنبي في العلاقة، إلا أن المشرع بقي متمسكاً بعناصر عقد الزواج المنصوص عليها في المادتين 9 و9 مكرر ق.أ، وذلك لارتباطها بالنظام العام، وما زاد عن ذلك من عناصر

¹ صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، المرجع السابق، ص. 125.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 271.

³ المواد 76 و97 إلى 103 من قانون الحالة المدنية.

يقرّها قانون الطرف الأجنبي، فلا حرج في ذلك، طالما أن الحد الأدنى للشروط المقررة في القانون الجزائري متوفر¹.

وفي السياق ذاته، نصت المادة 46 ق.ح.م أن العقد يبطل إذا كان تسجيله مزوراً، أو وقع تسجيله في غير المدة القانونية المسموح بها، حتى لو كانت البيانات المدرجة في العقد صحيحة، ويعاقب الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي يحزر عقد الزواج في سجل غير السجل المعد لذلك قانوناً، أو دون التحقق من توفر الشروط الواجبة قانوناً².

كما يعاقب الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي لم يطبق الإجراءات الخاصة بعقود الزواج، والمنصوص عليها في الفصل الثاني من قانون الحالة المدنية بغرامة مدنية لا تتجاوز 200 د.ج طبقاً لأحكام المادة 2/77 ق.ح.م، وهي عقوبة نراها غير كافية، مما يستدعي تدخل المشرع لإعادة النظر فيها، وتشديدها بما يتوافق وخطورة الفعل المرتكب.

مع الملاحظ أن الكثير من ضباط الحالة المدنية لا يكلفون أنفسهم كثيراً في التحري في مدى توفر شروط وأركان العقد، وخاصة ما تعلق منها بالرضا، وخلو الطرفين من الموانع الشرعية سيما في حالة الرضاع، إذ يحصل في كثير من الأحيان ألا يعبر أي من طرفي العقد عن إرادته أمام ضابط الحالة المدنية، وهذا خطأ فادح يفترض ألا يقع بصدد إبرام عقد وصفه المولى عز وجل بالميثاق الغليظ، ورتب عنه استحلال الفروج، ولعل السبب وراء ذلك أن ضابط الحالة المدنية يفترض أن المتعاقدين سيذهبان لا محالة إلى إمام المسجد ليبرما عقد زواجهما بالطريقة الشرعية، إذا لم يكن قد أُبرم قبل مثلهما أمام ضابط الحالة المدنية³، وهذا اتجاه نراه

¹ المادة 1/97 ق.ح.م والمواد 11، و12، و13 ق.م. المحكمة العليا، غ.أ.ش، 17-02-1998، ملف رقم 170082. عليوش كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2006، ص. 218، 230، 234 وما يليها.

² تقرر المادة 2/441 ق.ع لهذه الأفعال عقوبة الحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر والغرامة من 8000 إلى 16000 د.ج. أو إحدى العقوبتين.

³ صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، المرجع السابق، ص. 143.

في غير محله، خاصة وأنه لم يرد في أي نص من نصوص قانون الأسرة ما يسند الاختصاص بإبرام وتوثيق عقد الزواج لإمام المسجد، وهو ما من شأنه أن يثير بعض الفوضى في إبرام عقود الزواج وتسجيلها، وهو إشكال نعيد طرحه من جديد عند الكلام عن القيمة القانونية لتوثيق عقد الزواج.

المبحث الرابع

القيمة القانونية لتوثيق عقد الزواج

ذكر المشرع عناصر تكوين عقد الزواج في المادتين 9 و9 مكرر ق.أ، مقسما إياها إلى ركن واحد وهو الرضا، ذكره في المادة 9، وخمسة شروط، ذكرها في المادة 9 مكرر، ومما لا شك فيه، أن هذه العناصر جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل الذكر فقط، إذ لا يمكن الزيادة على هذه العناصر أو الإنقاص منها، طالما أن المسألة تتعلق بالنظام العام، ولا يجوز مخالفة النظام العام، وبالرجوع إلى هاتين المادتين، نجد الأولى تنص: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، فيما تنص الثانية: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، وانعدام الموانع الشرعية"، فالواضح من خلال هذين النصين أن المشرع لم يذكر توثيق عقد الزواج لا مع ركن الزواج (م 9) ولا مع شروطه (م 9 مكرر) وهو ما معناه أن توثيق الزواج لا يعد عنصرا من عناصر تكوين العقد، طالما لم يتم ذكره ضمن هذه العناصر.

ولعل أهم نتيجة تترتب على هذا الحكم، أن عقد الزواج يرتب آثاره القانونية بمجرد توفر الأركان والشروط المنصوص عليها في المادتين 9 و9 مكرر، حتى وإن لم يوثق لدى المصالح المختصة، فخلافا لبعض العقود المدنية التي اشترط فيها المشرع الشكلية كعنصر من عناصر الانعقاد، وخاصة تلك المتعلقة بالتعاملات العقارية¹، نجد أن المشرع قد احتفظ في عقد الزواج

¹ المادة 324 مكرر 1 ق.م. علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 302.

بالطابع الرضائي كأصل، مع تقييده بجملة من الضوابط الموضوعية والشكلية كضرورة الإشهاد عليه، إذ نرى من جهتنا أن الإشهاد هو مظهر من مظاهر الشكلية في عقد الزواج إذا أخذنا الشكلية بمفهومها الواسع، فالشكلية في العقود لا تنحصر في الكتابة فقط، بل قد تأخذ صورا ومظاهر أخرى، والإشهاد أحد هذه الصور والمظاهر.

وقد تناول المشرع نظام توثيق عقد الزواج في كل من قانون الحالة المدنية (المواد من 71 إلى 77)، وقانون الأسرة في المادة 18 منه التي نصت: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا، مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون"، فرغم التنصيص على هذا الإجراء في هذا الكم من النصوص، إلا أنه لم يرتق به إلى مصف عناصر تكوين عقد الزواج، بل جعل منه مجرد وسيلة إثبات لا غير، فمراعاة منه لأهمية عقد الزواج وأهمية ما يترتب عليه من آثار قانونية، أراد المشرع أن يضيف حماية خاصة على عقد الزواج بتشريع نظام توثيقه أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية المحلية أو القنصلية، وليس هذا فحسب، بل هناك اعتبارات أخرى نرى أنها كانت عاملا أساسيا في إقرار المشرع لنظام توثيق عقد الزواج نذكر منها:

- الزواج يدخل ضمن الحالة المدنية للشخص التي تحدد مركزه تجاه دولته ومجتمعه، ولن يتم ذلك إلا من خلال وثائق الهوية ووثائق الحالة المدنية¹.

- الحاجة المتكررة لوثيقة عقد الزواج في مختلف الملفات (الشغل، والسكن، وغيرهما).

- التكامل الموجود بين وثائق الحالة المدنية، إذ لا يمكن تسجيل واقعة الميلاد (المثبت للنسب) بدون وثيقة تثبت وجود عقد زواج، تماما مثلما لا يمكن تسجيل واقعة الوفاة بدون أن تكون هناك وثيقة تثبت الميلاد.

¹ عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، المرجع السابق، ص. ص. 23-24.

وهي اعتبارات نرى أنها تزيد في أهمية توثيق عقد الزواج، ودوره في حماية مصالح طرفي العقد، ومصالح الأولاد فيما بعد من جهة، كما تزيد في إدراك المقبلين على الزواج بخطورة الآثار القانونية التي يمكن أن تترتب على عدم تسجيل عقد الزواج في الدوائر الرسمية. وانطلاقاً من التأصيل السابق، يمكن أن نطرح إشكالا مهماً: إذا كان المشرع قد جعل الإشهاد شرطاً من شروط عقد الزواج، في حين لم يعتبر توثيق العقد ركناً ولا شرطاً له، فأى من الوسيلتين تعد الأقوى في الإثبات؟

من حيث الإثبات، لا أحد ينكر أن الكتابة أقوى في الدلالة من الشهادة¹، ولكن هذا الأمر قد لا يستقيم مع اعتبار الشهادة شرطاً في الزواج دون التوثيق.

كما يطرح التساؤل حول العلاقة بين الإشهاد والتوثيق: هل هي علاقة تكامل أم علاقة إحلال؟ بمعنى هل يمكن لأحد النظامين أن يغني عن النظام الآخر أم لا؟

إذا أخذنا بنظام الإشهاد فقط، فلا نرى أن هذا النظام كاف لإثبات عقد الزواج للاعتبارات المذكورة أعلاه، بحيث يمكن للشخص أن يحتاج إلى إثبات زواجه في عدة مواقف، وأمام عدة مصالح في فترة وجيزة جداً، وهذا غير ممكن عن طريق الشهود، وإذا أخذنا بنظام التوثيق فقط، فنكون قد خالفنا أحكام القانون والشرع²، وأثبتنا عقد زواج قد يكون غير موجود أو على الأقل غير صحيح في نظر الشرع والقانون، مع أننا لا نؤيد فكرة الإشهاد في العقود الرسمية -فيما عدا الزواج- لأن الجهة الرسمية التي يحرر أمامها العقد هي شاهد عليه بكل امتياز.

¹ بناسي شوقي، المرجع السابق، ص. 669 وص. 676.

² منصور البهوتي، كشاف القناع، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، ص. 37-38. علي بن حزم الأندلسي، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص. 465-466. المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18-07-2000، ملف رقم 249128، م.ق، 2003، عدد 2، ص. 269.

أما إذا قلنا بوجود علاقة تكامل بين النظامين، فنرى أنه كان من الضروري إعطاؤهما نفس التكيف القانوني ونفس القيمة القانونية في الإثبات، وهو ما لا نجده من الناحية القانونية والعملية.

إن الملفت للانتباه بخصوص إبرام وتسجيل عقود الزواج في الجزائر، هو كون الزواج يتم في مجلسين مختلفين، أحدهما أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، والثاني أمام الإمام، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل عن سبب هذه الازدواجية التي خلقت فوضى كبيرة في الجزائر، ويمكن أن تترتب عليها آثارا قانونية لا يستهان بها؟ وعن القيمة القانونية للعقد المبرم أمام الإمام؟

تبدو المسألة عادية جدا على الأقل لدى العامة من الناس، والحقيقة أنها غير كذلك من الناحية الشرعية والقانونية، وذلك للأسباب التالية:

- لا يوجد في قانون الأسرة، ولا في قانون الحالة المدنية ما يشير إلى اختصاص الإمام بإبرام أو تسجيل عقود الزواج¹، وهو ما يثير التساؤل حول القيمة القانونية للزواج المبرم أمام الإمام؟

على الرغم من كون قانون الحالة المدنية وقانون الأسرة لم ينصا على اختصاص الإمام بإبرام أو تسجيل عقود الزواج، إلا أن هذا العقد يعتبر صحيحا من الناحية القانونية متى أبرم مراعاة لنصي المادتين 9 و9 مكرر ق.أ، طالما أن تسجيل عقد الزواج وتوثيقه لدى الموثق أو ضابط الحالة المدنية لا يعتبر عنصرا من عناصر الزواج، ولا يترتب على تخلفه بطلان العقد أو فساد²، مع أن المشرع لم يشترط حضور الإمام في عقد الزواج، ولا حتى قراءة الفاتحة عند إبرام العقد، وذلك لكون الدور الذي يلعبه الإمام في الزواج هو مجرد التحري في مدى توفر أركان وشروط العقد، لأنه في العادة أقدر على ذلك من أطراف العقد، وأن قراءة الفاتحة الهدف منها التبرك فقط، فهي غير ملزمة حتى من الناحية الشرعية، وهناك الكثير من الأئمة لا

¹ صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، المرجع السابق، ص. 143.

² دليل ذلك نص المادة 6 من ق.أ: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا. غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

يقرونها في عقود الزواج، بل إن هناك منهم من يذهب إلى القول بأنها بدعة، ولم تثبت قراءتها عن النبي صلى الله عليه وسلم، فهذه الأمور تعتبر من قبيل الطقوس الدينية في عقد الزواج، وعقد الزواج في النظام القانوني الجزائري وكذا في الشريعة الإسلامية ليس بعقد ديني، ولا تشترط فيه أي طقوس دينية كما هو الحال عليه في الدول الأوروبية ذات الديانة المسيحية، فعقد الزواج عقد مدني مثله مثل سائر العقود، لا يخرج عن النظرية العامة للعقد إلا باستثناءات مقررة شرعا وقانونا.

إن إبرام العقد في مجلسين مختلفين من حيث الزمان والمكان يعني من الناحية القانونية إمكانية التراجع عن العقد في المجلس الثاني، بمعنى أن من كان راضيا بالزواج في المجلس الأول يمكن أن يصبح رافضا له في المجلس الثاني، إذ ليس هناك أي تفسير لهذه الازدواجية من الناحية القانونية إلا هذا التفسير، على الأقل من وجهة نظر الباحث، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن هناك من يعتقد أن هذه الازدواجية هي اعتباراً لأهمية عقد الزواج وقدسيته وخطورته، مع أننا لا نؤيد هذا الاعتقاد، وذلك لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد..." وذكر من بينها النكاح¹، فهذه الازدواجية تعتبر في اعتقادنا تقليلاً لأهمية عقد الزواج لا تقديساً له.

رغم أن الإمام عندما يشرف على إبرام عقد الزواج يحزر هذا العقد في سجل خاص به يتضمن تاريخ إبرام العقد، واسم الزوج والزوجة، ووكيل الزوج، وولي الزوجة، والشاهدين، وذلك حسب التعلية رقم 60، الصادرة بتاريخ 12 أبريل 2002، عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، إلا أن هذا المحرر لا يكتسب أي قيمة قانونية في الإثبات إلا في الحالات التي يتم فيها إثبات الزواج بحكم قضائي، فيمكن استدعاء الإمام والاستعانة بهذا المحرر على سبيل الاستئناس،

¹ محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، الجزء الأول، كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا، حديث رقم 2039، ص. 658.

والتأكد من أن العقد قد أبرم فعلا، ووفق الشروط المقررة قانونا، ومن ثم تكون العبرة في إثبات عقد الزواج كأصل بالمحرر الصادر عن ضابط الحالة المدنية، أو عن الموثق بعد أن يسجل في سجل عقود الزواج، ومن هنا، فإن ما يتم أمام الإمام لا يتجاوز إبرام العقد، طالما أن المحرر الصادر عن الإمام لا يمكن أن يعتد به كوثيقة رسمية في الإثبات، ومنه، فلا نرى فائدة من إعادة إبرام عقد كان قد أبرم وسجل من قبل، وحتى إن كان الزواج لم ينعقد أمام ضابط الحالة المدنية؛ لأن هذا الأخير لا يكلف نفسه في العادة عناء البحث في أركان وشروط العقد، وخاصة ما تعلق منها بالصيغة، فإننا نتساءل عن مدى مقبولية نظام يقوم على توثيق عقد قبل إبرامه، خاصة بعد أن أصدرت وزارة الشؤون الدينية تعليمية رقم 60 بتاريخ 2002 ، والتي تقضي بامتناع الإمام عن إبرام عقد الزواج دون إحضار وثيقة الزواج أو الدفتر العائلي، مما يعني ضرورة استيفاء إجراءات التوثيق والتسجيل أمام الدوائر الرسمية (الموثق وضابط الحالة المدنية) قبل التوجه إلى الإمام¹.

مع الملاحظ أن هذه التعليمات لم تستعمل عبارة "إبرام عقد الزواج"، وإنما استعملت عبارة "قراءة الفاتحة"، فهل كان قصد الوزارة أن الإمام لا دخل له في إبرام العقد، لأن هذا الأخير يفترض أن يكون قد أبرم أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، طالما أن الزوجين حائزان لوثيقة الزواج أو الدفتر العائلي، وأن دوره يقتصر على قراءة الفاتحة، وقراءة الفاتحة ليست بعقد، وإنما القصد منها التبرك فقط، أم أن الوزارة كان قصدها من قراءة الفاتحة إبرام عقد الزواج، واستعاضت عن هذه العبارة بعبارة "قراءة الفاتحة".

¹ ينظر رأيا موافقا: صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، المرجع السابق، ص. 144.

كما يثار التساؤل أيضا حول مقبولية توثيق عقد من طرف شخص، وإبرامه من طرف شخص آخر؟ فالأصل أن الذي أبرم أمامه العقد، هو من يوثقه، لأنه أدري بما إذا كان العقد قد أبرم فعلا، وما إذا كان مستوفيا لشروطه القانونية والشرعية¹.

- إن أهم إشكال يمكن أن يثار في هذا الصدد أن هناك بعض الحالات لا ينعقد فيها الزواج لا أمام ضابط الحالة المدنية، ولا أمام الإمام، ويحصل هذا أمام ضابط الحالة المدنية خاصة إذا لم يدل طرفا العقد بالصيغة، ولم يعبرا عن إرادتهما بشكل صحيح²، ويحصل أمام الإمام في الحالات التي يكون فيها أحد طرفي العقد أو كلاهما غير راض بهذا الزواج، وخاصة المرأة، لأنه جرت العادة من الناحية العملية ألا يحضر طرفا الزواج مجلس العقد لاعتبارات الحشمة والحياء، فالمرأة ينوب عنها وليها، والرجل ينوب عنه وكيله من أقاربه المقربين وهو أبوه في الغالب الأعم، وليس لدى الإمام ما يمكنه من معرفة ما إذا كان طرفا العقد راضيين عن هذا الزواج أم لا، ما دام الإمام لا يشترط وكالة خاصة ومكتوبة لإبرام العقد³، وهو أمر نرى ضرورة إعادة النظر فيه، ومن ثم، قد يكون عقد الزواج غير موجود من حيث الانعقاد، وموجودا من حيث التوثيق، وهو أمر يبدو غاية في الغرابة "مجلسان بدون عقد".

وخلاصة القول إن المشرع لم يجعل من التوثيق ركنا، ولا شرطا في عقد الزواج، إذ يصح العقد دون استيفاء هذا الإجراء، ويرتب آثاره القانونية من حقوق والتزامات، ولا يترتب على تخلفه بطلان العقد، أو قابليته للإبطال، أو فسخه، فكما أن المشرع لم يدرج إجراء التسجيل ضمن أركان وشروط عقد الزواج المنصوص عليها في المادتين 9 و9 مكرر ق.أ، لم يجعل

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 120.

² هناك حالات من هذا القبيل شهدتها الباحثة بنفسه في مكاتب الحالة المدنية، أين تم توثيق العقد من غير صيغة ينعقد بها الزواج، فعلى الرغم من عدم اشتراط المشرع، وحتى جانب من فقهاء الشريعة عبارة معينة، إلا أنه من الواجب أن تكون مما يفيد النكاح قطعاً. محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 41. جلال الدين السيوطي، المرجع السابق، ص. 158. المادة 1/10 ق.أ.

³ لأن الفقه الإسلامي لا يشترط ذلك كأصل: وهبه الزحيلي، الجزء السابع، المرجع السابق، ص. 220 وما بعدها.

من تخلفه سببا لبطلان العقد أو فساده في المواد من 32 إلى 35، التي جاءت تحت الفصل الثالث المعنون: "النكاح الفاسد والباطل"، من الباب الأول المعنون: "الزواج"، من الكتاب الأول المعنون: "الزواج وانحلاله".

ويترتب على ذلك أن الإجراءات السابقة على إجراء التوثيق والتسجيل، والمتمثلة في مختلف الأذونات والتراخيص والشواهد الواجب الحصول عليها من جهات ومصالح معينة تأخذ الحكم نفسه¹، بحيث لا يترتب على تخلف أي منها بطلان العقد أو فساده، بل أبعد من ذلك، فإنه في حالة عدم القيام بإجراء التوثيق والتسجيل أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أجاز المشرع للمعني بالأمر التوجه إلى القضاء لاستصدار حكم يثبت به عقد الزواج غير المسجل.

¹ ينظر الفصل الأول من هذا الباب.

الفصل الثالث

توثيق الزواج بعد إبرامه

الفصل الثالث

توثيق الزواج بعد إبرامه

الأصل أن يتم توثيق عقد الزواج لحظة إبرامه، بمعنى أن يتزامن التوثيق مع الإبرام حتى يكون هناك تطابق بينهما، غير أنه قد يحصل من الناحية العملية أن يبرم عقد الزواج دون توثيقه لدى لدوائر الرسمية، وهو ما يمكن أن يكون مدعاة للكثير من المشاكل، خاصة في حالة الدخول وإنكار أحد طرفي العلاقة وجود عقد زواج بينهما، وهنا تظهر أهمية توثيق عقد الزواج كوسيلة قانونية لحماية مصلحة الزوجين والأولاد وحتى الورثة.

ولأنه من غير اللائق ترك عقد الزواج من دون توثيق، كما أنه من غير اللائق فسخه بسبب عدم توثيقه، أوجد المشرع آلية استثنائية لتوثيق عقود الزواج التي أبرمت بشكل صحيح ولكن لم توثق لدى الدوائر الرسمية، حيث نص في المادة 1/22 ق.أ: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي..."، فالملاحظ من خلال هذا النص أن المشرع ميز في توثيق عقد الزواج بين الأصل، وهو أن يتم التوثيق أمام ضابط الحالة المدنية، أو أمام الموثق الذي يرسل نسخة من عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية المختص، والاستثناء وهو أن يتم إثبات عقد الزواج بحكم قضائي يسجل فيما بعد في سجلات الحالة المدنية، وهو موضوع البحث في هذا الفصل، مع الملاحظ أن إثبات الزواج غير الموثق بحكم قضائي تختلف إجراءاته بحسب ما إذا كانت العلاقة متنازع فيها أم لا، وعليه نتناول في المبحث الأول تثبيت عقد الزواج غير الموثق في حالة الإقرار، ونتناول في المبحث الثاني تثبيت عقد الزواج غير الموثق في حالة الإنكار.

المبحث الأول

تثبيت عقد الزواج غير الموثق في حالة الإقرار

تختلف إجراءات تثبيت عقد الزواج غير المتنازع فيه عن إجراءات تثبيت الزواج المتنازع فيه في التشريع الجزائري، وذلك خلافاً للمشرع المغربي الذي لم يتبن هذا التمييز، بحيث وحد إجراءات تثبيت عقد الزواج بحكم قضائي بصرف النظر عما إذا كان هناك نزاع حول وجود أو صحة هذه العلاقة أم لا¹، فإجراءات تثبيت الزواج غير المتنازع فيه في التشريع الجزائري يغلب عليها الطابع الولائي غير التنازعي، وذلك لعدم وجود نزاع بين الطرفين حول وجود زواج بينهما، وهو ما انعكس على طبيعة إجراءات التثبيت التي يغلب عليها الطابع البسيط غير المعقد (المطلب الأول)، ولأن طلب التثبيت خال من النزاع، فنشير مدى إمكانية توثيقه من طرف الموثق حتى بعد إبرامه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تثبيت عقد الزواج من طرف القاضي

الأصل أن يتم تثبيت الزيجات غير المسجلة لدى الدوائر الرسمية من طرف القاضي، وذلك استناداً لأحكام المادة 1/22: "... وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي"، ولأن الأمر يتعلق بزواج غير متنازع فيه، فيكفي أن يتم تقديم طلب إلى وكيل الجمهورية يشتمل على مجموعة من البيانات (الفرع الأول)، حتى يتسنى النظر في مدى إمكانية تثبيت عقد الزواج (الفرع الثاني)، من طرف الجهة المختصة بذلك (الفرع الثالث).

¹ صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، المرجع السابق، ص. 273.

الفرع الأول: طلب تثبيت عقد الزواج غير الموثق

إذا حصل وأبرم عقد الزواج دون توثيقه لدى المصالح المختصة، فما يكون أمام طرفي العقد أو أحدهما إلا التوجه إلى القضاء، وذلك بتقديم طلب مكتوب في ورق عادي وموقع من المعني، وذلك استنادا لأحكام المادة 1/40 ق.ح.م.¹

والظاهر من خلال هذا النص، أن المشرع لم يبين صفة الطالب ما إذا كان يجب أن يكون طرفا في العلاقة أم لا، وهل يمكن لكل من له مصلحة أن يتقدم بهذا الطلب كأن يكون ابنا أو أحد الورثة، طالما أن الابن له مصلحة في إثبات عقد الزواج، وهو إثبات النسب، أو أحد الورثة، ما دامت له مصلحة في الإرث.

ومن جهة أخرى، اشترط المشرع أن يرفع الطلب إلى وكيل الجمهورية (وكيل الدولة كما جاء في النص) أولا، ليحول إلى القاضي للنظر فيه.²

ويتضمن الطلب كل البيانات ذات الصلة بهوية طرفي العلاقة الزوجية: الاسم الشخصي، والاسم العائلي، وتاريخ الميلاد، والمهنة، والعنوان الشخصي، وتاريخ إبرام العقد، وهوية الولي والشاهدين، كما تجب الإشارة إلى وجود عقد زواج متوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وما إذا كانت العلاقة بينهما ما زالت مستمرة، وما إذا حصل دخول أم لا، وما إذا نتج أولاد عن هذه العلاقة أم لا، كما يتعين الإشارة إلى الأسباب التي حالت دون توثيق عقد الزواج وتسجيله لدى المصالح المختصة.³

¹ تنص المادة 1/40 ق.ح.م: "ترفع العريضة من قبل الطالب إلى وكيل الدولة بطلب مكتوب على ورق عادي".

² وهذا يدخل ضمن دور النيابة العامة في قضايا الأسرة: المادة 3 مكرر ق.أ. عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، المرجع السابق، ص. 172 وص. 184.

³ صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، المرجع السابق، ص. ص. 274-275.

ويرفق الطلب بجميع الوثائق والأدلة التي تثبت وجود عقد زواج صحيح بين الطرفين ولا

سيما:

- شهادة ميلاد الزوجين؛

- شهادة عدم تسجيل الزواج في سجلات الحالة المدنية؛

- شهادة حمل أو عدم حمل الزوجة؛

- نسخة من بطاقة الحالة المدنية للزوجين.

الفرع الثاني: الجهة القضائية المختصة بالنظر في طلب تثبيت الزواج

تختلف الجهة القضائية المختصة بالنظر في طلب تثبيت عقد الزواج غير الموثق، بحسب ما إذا كان الزواج مبرما داخل الوطن أو خارجه، فمتى أبرم العقد داخل الوطن، تكون الجهة المختصة بالنظر في طلب التثبيت، هي المحكمة التي أبرم عقد الزواج في دائرة اختصاصها الإقليمي¹، وذلك بعد رفع طلب إلى وكيل الجمهورية لدى هذه الأخيرة، أما إذا تعلق الأمر بالزيجات المبرمة خارج التراب الوطني، فيسند الاختصاص بتثبيتها لمحكمة الجزائر، وذلك عملا بأحكام المادة 100 ق.ح.م: "يختص رئيس محكمة مدينة الجزائر بإصدار حكم بتصحيح عقود الحالة المدنية الرسمية المحررة في الخارج ضمن الأوضاع المحلية والخاصة بالجزائريين.

¹ وفي هذه النقطة يختلف إثبات الزواج غير المتنازع فيه عن إثبات الزواج المتنازع فيه، حيث ترفع دعوى إثبات الزواج المتنازع فيه أمام محكمة موطن المدعى عليه عملا بأحكام المادة 2/426، وسبب الاختلاف أن إثبات الزواج غير المتنازع فيه قضية خالية من النزاع، وبالتالي ليس هناك مدعى عليه تتحدد على أساسه المحكمة المختصة إقليميا.

والعقد المصحح بهذه الكيفية يسجل تلقائياً بطلب من النيابة العامة في السجلات القنصلية"، وذلك دون الإخلال بدور النيابة العامة في تلقي الطلب ومرفقاته وتحويله إلى رئيس المحكمة¹.

الفرع الثالث: دور القاضي إزاء طلب التثبيت

بعد رفع الطلب من المعني إلى وكيل الجمهورية، يتولى هذا الأخير إعداد عريضة مختصرة، مرفقة بالوثائق والإثباتات التي صاحبت الطلب، وذلك طبقاً لأحكام المادة 39 ق.ح.م: "... بناء على مجرد طلب من وكيل الدولة لهذه المحكمة بموجب عريضة مختصرة وبالاستناد إلى كل الوثائق أو الإثباتات المادية".

بعد إعداد العريضة، يتم رفعها من طرف وكيل الجمهورية الذي يلتزم فيها من رئيس المحكمة إصدار حكم بتثبيت عقد الزواج، مع الملاحظ أن رئيس المحكمة عادة ما يفوض هذه المهمة لقاضي شؤون الأسرة باعتباره الأقدر على النظر والبت في مثل هذه الطلبات، وذلك بعد فحص الوثائق والإثباتات المقدمة مع العريضة، والتحقق في الموضوع، والاستماع إلى المعنيين والشهود، وكل من يرى القاضي ضرورة سماعه، كالإمام إذا كان العقد قد أبرم بين يديه، وذلك حتى يتبين له ما إذا كان الزواج قد أبرم وفق أحكام قانون الأسرة، ولا سيما المادة 9 والمادة 9 مكرر منه، أم لا².

أما بالنسبة للعناصر الموضوعية، والمتمثلة في ركن الرضا (المادة 9 ق.أ)، والشروط الواردة في المادة 9 مكرر ق.أ، فالأصل، ألا يتم إثبات عقد الزواج إلا بتوفرها، مع أن المسألة تحتاج إلى بعض التفصيل وفق ما يلي:

¹ وذلك عملاً بأحكام المادتين 40 و 41 ق.ح.م.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 20-04-1999، رقم 221329، عدد خاص، ص. 64. تعليق عمر زودة، م.ق، 2001، عدد 1، ص. 54.

أولاً: الرضا: لا يمكن أن تقوم للزواج قائمة إلا بتوفر ركن الرضا، وأن تخلفه يلزم القاضي بعدم تثبيت العقد، سواء وقع الدخول أم لم يقع، لأن هذا الزواج غير موجود أصلاً (المادة 1/33 ق.أ).

ثانياً: الأهلية: إذا انعدمت الأهلية، أي إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما أقل من 13 سنة، نعتقد أنه على القاضي رفض تثبيت الزواج، لأن وجود الرضا يستدعي وجود الإرادة، ووجود الإرادة يستدعي وجود الإدراك والتمييز، وطالما أن هذا الأخير منعدم، فنرى أنه لا وجود لركن الرضا، وبالتالي يجب على القاضي رفض الطلب.

أما إذا كان ناقص الأهلية، فالأصل، أن يكون قد حصل مسبقاً على ترخيص قضائي طبقاً لأحكام المادة 7 ق.أ، وعليه فمن الناحية الموضوعية، نرى أنه بإمكان القاضي تثبيت الزواج، طالما أن التمييز موجود، والإرادة موجودة، ومن ثم يكون الرضا موجوداً، أما من الناحية الإجرائية، فإن تخلف الترخيص القضائي، يمكن أن يكون عائقاً أمام القاضي في تثبيت عقد الزواج، مع أن المشرع لم يشر في المادة 22 ق.أ إلى ضرورة وجود مثل هذا الترخيص أو تراخيص أخرى، وهو ما يطرح التساؤل عما إذا كان هذا السكوت هو استغناء من المشرع عن هذه التراخيص أم لا؟

ثالثاً: الصداق: إذا كان الأمر يتعلق بعدم تسمية الصداق فقط، فالحكم الواجب التطبيق هو نص المادة 15 ق.أ، بحيث تستحق الزوجة صداق المثل، وبالتالي، فلا مانع من إثبات عقد الزواج، أما إذا تعلق الأمر بالاتفاق على إسقاط الصداق، فالحكم الواجب التطبيق هو حكم المادة 33 ق.أ، بحيث يفسخ الزواج قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

وعليه، نرى أنه من المهم جداً أن يعرف القاضي ما إذا كان الزواج غير الموثق قد تبعه دخول أم لا.

رابعاً: الولي: يأخذ حكم الصداق نفسه، مع تأكيد عبارة "في حالة وجوبه"، لأنه سبق وأن رجحنا بأن المقصود من هذه العبارة حالة ما إذا كان المولى عليه، أو المولى عليها قاصراً¹.

خامساً: الشاهدان: يأخذ هذا الشرط نفس حكمي الولي والصداق، ولكن الإشكال المثار: إذا كان الزواج قد تم بدون شاهدين، فكيف للقاضي أن يعرف ما إذا كان الزواج قد تم أم لا.

سادساً: انعدام الموانع الشرعية: في حالة تخلف هذا الشرط، أي في حالة وجود مانع من الموانع الشرعية، نصت المادة 34 ق.أ على وجوب فسخ العقد قبل الدخول وبعده، مع ثبوت النسب في حالة وجود أولاد، ووجوب الاستبراء، ومن ثم، لا يمكن للقاضي تثبيت الزواج الذي يعتري أحد طرفيه مانع شرعي، وإنما الواجب عليه فسخه، سواء وقع الدخول أم لم يقع، وإن كان الأصح تقرير بطلانه، لأنه عقد لا وجود له من الناحية الشرعية والقانونية، فهو باطل في حكم العدم.

غير أن هناك إشكال يمكن أن يثار بهذا الخصوص، ومفاده: إذا كان المانع الشرعي هو الإحصان، أو العدد، أو الجمع، وكان قد وقع طلاق خارج أسوار المحكمة، فهل يمكن طلب تثبيت الطلاق العرفي (غير المسجل) من أجل تثبيت الزواج العرفي.

الإجابة على هذا التساؤل يتنازعها وجهان:

- الوجه الأول: أن المشرع لم ينص على تثبيت الطلاق العرفي²، واكتفى بالنص على تثبيت الزواج العرفي.

- الوجه الثاني: تثبيت الزواج العرفي يستدعي بالضرورة تثبيت الطلاق العرفي، وعدم تثبيت الثاني يعني عدم تثبيت الأول، وبالتالي، يعتبر تثبيت الطلاق العرفي جزءاً من تثبيت الزواج العرفي.

¹ ينظر الفصل الثاني من الباب الثاني من الرسالة.

² الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص. 180.

في ظل هذا التنازع، من الصعب إيجاد حل من الناحية القانونية، غير أنه من الناحية العملية، نعتقد أن تثبيت الطلاق العرفي أحسن من عدم تثبيت الزواج العرفي، لأن عدم تثبيت هذا الأخير، ينتج عنه احتمالان:

- الاحتمال الأول: أن يبقى هذا الزواج غير مسجل لدى الدوائر الرسمية، وهذا ليس في مصلحة أحد.

- الاحتمال الثاني: أن يحكم القاضي بالطلاق أو التفريق بين الزوجين، وهذا كذلك ليس في مصلحة أحد.

وعليه، يرى الباحث أنه على القاضي تثبيت الطلاق العرفي، ثم تثبيت الزواج العرفي، حتى تحفظ حقوق كل من الزوجين، والأولاد، وحتى الورثة.

أما بالنسبة للشروط الشكلية والإجرائية، والمتمثلة في مختلف التراخيص والشواهد المشار إليها أعلاه، فلم يرد في قانون الأسرة أي نص على اشتراطها عند تثبيت الزواج (المادة 22 ق.أ)، بل لم يتم النص عليها حتى في المادة 18 ق.أ، المتعلقة بتوثيق عقد الزواج لدى الموثق أو ضابط الحالة المدنية، حيث اكتفت بالنص على ضرورة توفر العناصر المذكورة في المادتين 9 و9 مكرر ق.أ.

ومنه يثار الإشكال عما إذا كان القاضي ملزماً بالتحري في مدى توفر هذه الشروط أم لا؟ وما إذا كان يتعين عليه الاعتداد بها في تثبيت الزواج أم لا؟

الإجابة على هذا التساؤل يتنازعها وجهان:

- الوجه الأول: أن هذه الشروط لا تعتبر ركناً ولا شرطاً للعقد، وبالتالي، فإن عدم توفرها لا يمنع القاضي من تثبيت عقد الزواج، خاصة وأن هناك بعض الشروط التي هي أكثر أهمية منها، استغنى عنها المشرع في حالة ما إذا حصل الدخول، ويتعلق الأمر بالولي، والصدّاق،

والشاهدين (المادة 33 ق.أ)، بل هناك من يذهب إلى القول بأن النص على إمكانية تثبيت عقد الزواج بحكم، إنما جاءت من أجل تجنب هذه الشروط، وخاصة عندما يتعلق الأمر بالتعدد¹.

- **الوجه الثاني:** أن عدم الاعتداد بهذه الشروط قد يؤدي إلى العزوف عن توثيق عقد الزواج لدى المصالح المختصة، والتوجه بدلا من ذلك إلى القضاء للمطالبة بتثبيت الزيجات غير الموثقة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن التساهل في هذه الشروط والاستغناء عنها في التثبيت القضائي للزواج من شأنه أن يخلق معادلة غير متوازنة، بحيث يتم التساهل مع المهمل، والتشدد مع الحريص، وهذا غير معقول تماما.

المطلب الثاني

مدى إمكانية تثبيت الزواج غير الموثق عند الموثق

الأصل أن تثبيت الزواج غير الموثق إنما يتم أمام القضاء، وذلك بصراحة المادة 22 ق.أ، التي قصرت هذه المهمة على القاضي دون الموثق، وذلك نظرا للطابع الاستثنائي لهذا الإجراء، لأن الأصل أن يتم توثيق الزواج لحظة إبرامه أمام الموثق أو أمام ضابط الحالة المدنية، وأن اللجوء إلى القضاء ما هو إلا آلية استثنائية استحدثها المشرع من أجل الزيجات غير الموثقة التي أبرمت خارج الدوائر الرسمية²، وذلك حفاظا على الحقوق وحماية لمصالح ذوي الشأن، وإذا كان هذا الإجراء يتم كقاعدة أمام القاضي، فإنه وبالنظر إلى بعض الاعتبارات التي سنشير إليها لاحقا، نثير التساؤل حول ما إذا كان بالإمكان تثبيت الزواج غير الموثق أمام الموثق دون اللجوء إلى القضاء، خاصة وأن الأمر يتعلق بزواج غير متنازع في وجوده أو صحته، ومنه نتناول في هذا الفرع كيفية تثبيت الزواج من طرف الموثق (الفرع الأول)، ثم القيمة القانونية لهذا الإجراء (الفرع الثاني).

¹ علاوة بوشوشة، الزواج بين العقد العرفي والعقد المدني وأثره على الأسرة، مجلة آفاق للعلوم، جامعة الجلفة، الجزائر، عدد 7، مارس 2017، ص. ص. 353-354.

² إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص. 323 وما بعدها.

الفرع الأول: كيفية تثبيت الزواج من طرف الموثق

يتم تثبيت الزواج من طرف الموثق عن طريق التصريح به من ذوي الشأن، وذلك إما عن طريق لفيق الزواج أو الإقرار بالزواج، واللفيف هو تصريح بالزواج يدلي به أمام الموثق أحد الزوجين أو من له مصلحة في ذلك من ورثتهما، بوقوع زواج في تاريخ تقريبي مستوف لكامل الأركان الشرعية والقانونية، ويتم بحضور شاهدين من ذوي العلم¹.

أما الإقرار بالزواج، فهو إدلاء الزوجين الأحياء بتصريح أمام الموثق يعترفان فيه بوجود زواج بينهما في تاريخ تقريبي، وأنه مستوف لأركانه الشرعية².

والملاحظ، أن الإقرار المقصود في هذا المقام لا ينصرف إلى الإقرار القضائي الذي يتم داخل أسوار المحكمة وأمام القاضي، فهو لا يدخل ضمن وسائل الإثبات المنصوص عليها قانوناً، وإن كان الغرض منه هو الإثبات، فالطابع غير القضائي لهذا النوع من الإقرار ناتج عن كونه يتم أمام جهة غير قضائية³.

ومهما يكن من أمر، فإنه لا بد من أن يشار في اللفيف أو الإقرار إلى أن الزواج قد تم وفق الأركان والشروط المقررة شرعاً وقانوناً، ولم يكن تاريخ إبرامه محددًا بدقة، إذ يكفي الإشارة إلى تاريخ تقريبي، خاصة إذا كانت المدة بين إبرام العقد والتصريح به طويلة، مما يتعذر معه على الطرفين تذكر هذا التاريخ بدقة.

ويشترط في التصريح بالزواج، سواء عن طريق الإقرار أم اللفيف، أن يكون مصحوباً بجملة من الوثائق والإثباتات، وتتمثل فيما يلي⁴:

¹ عبد الله مسعود، عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الموثق، الجزائر، عدد 3، جوان 1998، ص.

12.

² المرجع نفسه.

³ محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، عين مليلة، 2009، ص. 231.

⁴ صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، المرجع السابق، ص. 279.

- شهادة ميلاد الزوجين؛

- شهادة عدم تسجيل الزواج؛

- شهادات ميلاد الأبناء إن وجدوا؛

- شهادة طبية تثبت ما إذا كانت الزوجة حاملاً أم لا.

كما يشترط حضور الولي والشاهدين، شريطة أن يكون الأخيرين من كبار السن عندما يتعلق الأمر بالتصريح بالزواج عن طريق الليف¹.

وللإشارة، فإن الإقرار يختلف عن الليف في كون الأول يتم من طرف الزوجين دون غيرهما، مما يقتضي معه وجودهما على قيد الحياة، أما الليف فيمكن أن يتم من غير الزوجين كالورثة، سواء كان الزوجان على قيد الحياة أم لا².

الفرع الثاني: القيمة القانونية لتثبيت الزواج أمام الموثق

إذا كان المتفق عليه أن الموثق يختص بتوثيق العقود وإضفاء الطابع الرسمي عليها، سواء كان التوثيق ركناً في العقد، أم مجرد وسيلة إثبات (المادة 324 ق.م)³، فإن الأمر ليس بهذه السهولة عندما يتعلق الأمر بعقد زواج مبرم من قبل، إذ تبقى المسألة محل خلاف بالنظر إلى عدة اعتبارات، فهل من اختصاص الموثق توثيق التصريح بزواج مبرم وغير موثق لدى المصالح المختصة أم لا؟

¹ عبد الله سعدي، الزواج وشروطه في عقدي الليف والإقرار، مجلة الموثق، عدد 10، ماي 2000، ص. 18.

² صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، المرجع السابق، ص. 279.

³ تنص المادة 324 ق.م: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص. مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

الإجابة على هذا التساؤل يتنازعها وجهان:

- **الوجه الأول:** أن المشرع لم يشر في المادة 22 ق.أ على اختصاص الموثق بتثبيت الزيجات غير الموثقة، واكتفى بالنص على اختصاص القاضي بهذه المهمة¹، والاكتفاء في معرض الحاجة إلى التفصيل دلالة على الحصر، والاختصاص من النظام العام، ولا يجوز العمل وفق ما يخالف النظام العام.

ومن جهة أخرى، فإن تثبيت عقد الزواج يستدعي من القاضي أن يلعب دورا إيجابيا قصد التحري في مدى توفر أركان وشروط العقد، وأن هذا الدور يتم من خلال عدة آليات يفتقر إليها الموثق، كالأمر بإجراء خبرة، وطلب أشخاص معينين للاستماع إليهم، وغير ذلك².

- **الوجه الثاني:** أن توثيق عقد الزواج ليس ركنا في العقد ولا شرطا من شروطه، بل هو وسيلة إثبات فقط، وطالما كان الأمر كذلك، فلا حاجة لتوثيق عقد الزواج بالموازاة مع إبرامه، إذ يمكن إبرام عقد الزواج، ثم التوجه بعد ذلك إلى توثيقه لدى الموثق، أو حتى لدى ضابط الحالة المدنية، خاصة وأن المشرع وكذا أحكام الشريعة الإسلامية يشترطان الإشهاد على عقد الزواج³، إذ نرى من جهتنا أنه يكفي الإشهاد على العقد حين إبرامه، ثم التوجه رفقة الشهود إلى الدوائر الرسمية لتوثيقه، ودون حاجة للجوء إلى القضاء، طالما أن الأمر خال من أي نزاع، وإذا قلنا بعكس ذلك، فنكون أمام بعض التناقضات والمعادلات غير المتوازنة، خاصة فيما يتعلق بالقيمة القانونية للإشهاد، فإذا كان المشرع يجعل من الإشهاد شرطا في العقد (المادة 9 مكرر) دون التوثيق، فهذا يعني أن الإشهاد أكثر قيمة من التوثيق، ولا حرج في أن يكون الإشهاد معبرا للوصول إلى توثيق عقد الزواج، وهنا لا بد من الإشارة إلى ثلاث فرضيات:

¹ تنص المادة 22 ق.أ: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

² عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، المرجع السابق، ص. 155.

³ ينظر الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة.

الفصل الثالث: توثيق الزواج بعد إبرامه

- **الفرضية الأولى:** إذا كان الإشهاد دليل إثبات وشرطا في العقد يترتب على تخلفه فساد هذا الأخير، فهذا يغنينا عن الكتابة التي لا تعد ركنا في العقد ولا شرطا من شروطه، وهذا القول نرى أنه مردود، وأن توثيق عقد الزواج أمر ضروري على الأقل في الوقت الحاضر، وذلك لاعتبارات تمت الإشارة إليها في موضع سابق.

- **الفرضية الثانية:** إذا تم توثيق عقد الزواج لحظة إبرامه لدى الموثق أو لدى ضابط الحالة المدنية، فهذا يغنينا عن الإشهاد، طالما أن الموثق أو ضابط الحالة المدنية يعتبر شاهدا بامتياز على العقد، وأن الكتابة تغني عن شهادة الشهود، لأن الأولى أقوى في الحجية من الثانية، وهذا القول كذلك نرى أنه مردود، لأن الاستغناء عن الإشهاد في عقد الزواج قد يؤدي إلى مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في المسألة، وبالتالي الوقوع في المحذور، وإذا قلنا بأن الإشهاد دليل احتياطي يُلجأ إليه في حالة تلف وثيقة الزواج، فالأولى أن يكون التوثيق شرطا في العقد وليس الإشهاد، أو على الأقل أن يكون كلاهما شرطا أو كلاهما ليس بشرط.

- **الفرضية الثالثة:** الجمع بين نظام الإشهاد ونظام التوثيق في عقد الزواج: رغم أن الجمع بين النظامين لا يعد مشكلا في حد ذاته، إلا أن الإشكال قد يثار بخصوص العلاقة بينهما، وهنا نقترح أن تكون العلاقة علاقة تداخل، بحيث يمكن إبرام عقد الزواج خارج الدوائر الرسمية مع حضور شاهدين، ثم التوجه بعدها إلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية رفقة الشهود لتوثيق العقد متى تعذر توثيقه لحظة إبرامه، شريطة تقييد المسألة بجملة من الشروط والضوابط:

- ألا يكون هناك نزاع حول وجود العلاقة وصحتها؛

- ألا يكون قد حصل دخول؛

- ألا يكون عدم توثيق الزواج لحظة إبرامه ناتجا عن إهمال من ذوي الشأن؛

- ألا تطول المدة بين إبرام العقد وتوثيقه كالأكثر من سنة مثلا.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، فقد ذهب مذهباً مغايراً، بحيث اعتبرت المحكمة العليا بأن الموثق غير مختص بتوثيق الشهادة في الزواج، وذلك في قرار لها: "من المقرر قانوناً أنه يجوز سماع شهادة الأقارب باستثناء الأبناء في الدعاوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق، ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع لما كلفوا الموثق بسماع شهود الزواج المدعى به يكونون قد تخلوا عن مسألة تتعلق باختصاصهم، لأنه لا يمكن للموثق أن يقوم بذلك مكانهم. وعليه، فإن القضاة باعتمادهم على تقرير الموثق فيما يخص إثبات الزواج، خالفوا القانون وأخطأوا في تطبيقه"¹.

المبحث الثاني

تثبيت الزواج غير الموثق في حالة الإنكار

إن عدم توثيق الزواج لحظة إبرامه قد يكون مدعاة للتنازع حول وجوده أو صحته، وهو ما يؤكد أهمية نظام توثيق الزواج الذي يعد وسيلة لحماية طرفي العلاقة وحتى الغير، ومن ثم فإن وجود نزاع حول العلاقة الزوجية يعني عدم كفاية الإجراءات المشار إليها أعلاه لتثبيت عقد الزواج، بل لا بد من اللجوء إلى الإجراءات التنازعية الخاصة بالدعاوى القضائية، سواء من حيث الاختصاص (المطلب الأول)، أم من حيث الإجراءات المتبعة في رفع الدعوى وسيرها (المطلب الثاني)، أم من حيث طرق الإثبات (المطلب الثالث)، مع مراعاة خصوصية عقد الزواج في كل ذلك.

المطلب الأول

الجهة المختصة بدعوى إثبات الزوجية

لكي يتم النظر في دعوى إثبات الزوجية والفصل فيها، لا بد وأن تكون الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى مختصة نوعياً (الفرع الأول)، وإقليمياً (الفرع الثاني)، وأن عدم

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 25-05-1995، ملف رقم 90683، م.ق، 1996، عدد 4، ص. 58.

اختصاص الجهة المرفوعة أمامها الدعوى يسمح للمدعى عليه الدفع بعدم الاختصاص، وبالتالي وضع حد لإجراءات الخصومة.

الفرع الأول: الاختصاص النوعي

ينصرف الاختصاص النوعي إلى تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في الدعوى دون غيرها من الجهات القضائية بالنظر في دعوى معينه، فالمحكمة تختص بالنظر في دعاوى لا يختص بالنظر فيها المجلس القضائي، أو المحكمة الإدارية، أو غيرها من الجهات القضائية¹.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد المادة 32 منه تنص: "المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام، وتتشكل من أقسام... تفصل المحكمة في جميع القضايا لا سيما... وقضايا شؤون الأسرة..."، فيلاحظ من خلال هذا النص، أن الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعاوى شؤون الأسرة بما فيها دعوى سماع الزوجية هي المحكمة، وما يؤكد ذلك، ما جاء في المادة 423 ق.إ.م.إ: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: ... دعاوى إثبات الزواج...".

مع الملاحظ أن توزيع الدعاوى على أقسام المحكمة مسألة تنظيم داخلي لا غير، بمعنى أنها لا تدخل ضمن ما يعرف بالاختصاص النوعي، ويترتب على ذلك، أنه في حالة رفع دعوى سماع الزوجية أمام القسم المدني أو الاجتماعي، لا يجوز للقاضي أن يصدر حكماً بعدم الاختصاص، وإنما تتم إحالة الملف عن طريق رئيس المحكمة إلى القسم المعني²، وما يؤكد ذلك، أن المشرع استعمل في نص المادة 423 عبارة "ينظر" بدل عبارة "يختص"، مما يعني أن المسألة لا تتعلق بالاختصاص النوعي.

¹ المحكمة العليا، 30-03-1993، ملف رقم 89924، م.ق، 1994، عدد 1.

² عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، المرجع السابق، ص. 44.

وللإشارة، فإن الاختصاص النوعي (اختصاص المحكمة وليس القسم) من النظام العام، ويجوز للمدعى عليه أن يدفع به في جميع مراحل إجراءات التحقيق والمحاكمة، كما يجوز للقاضي أن يثيره ويقضي به من تلقاء نفسه¹، وذلك بصراحة المادة 36 ق.إ.م.إ التي نصت: "عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى".

أما المشرع المغربي، فقد أسند اختصاص النظر في دعاوى شؤون الأسرة إلى أقسام قضاء الأسرة، وذلك بنصه في الفصل الثاني من قانون التنظيم القضائي على أن: "تنظر أقسام قضاء الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والحالة المدنية وشؤون التوثيق والقاصرين والكفالة وكل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة"، ويختلف التشريع المغربي عن نظيره الجزائري في كون هذه الأقسام تعمل مستقلة عن المحاكم، خلافا لما هو عليه الحال في الجزائر، بحيث تعتبر هذه الأقسام جزءا لا يتجزأ من المحكمة، مثلها مثل الأقسام الأخرى².

وقد أسند المشرع المصري من جهته إلى محاكم الأسرة دون غيرها الاختصاص بالنظر في دعاوى الأحوال الشخصية، التي ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقا لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، الصادر بالقانون رقم 01 لسنة 2000، ويختص رئيس المحكمة بإصدار إشارات الوفاة والوراثة، ويجوز له أن يحيلها إلى المحكمة عند قيام نزاع جدي بشأنها³.

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي

تتصرف قواعد الاختصاص الإقليمي إلى وضع ضوابط تحدد اختصاص محكمة أو عدة محاكم دون غيرها من محاكم ذات الدرجة بالنظر في دعوى من الدعاوى، فهذا النوع من

¹ المرجع نفسه، ص. 46.

² صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، المرجع السابق، ص. 286.

³ محمد علي سويلم، شرح قانون محكمة الأسرة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2006، ص. 178.

الاختصاص لا ينصرف إلى توزيع الاختصاص حسب موضوع الدعوى، وإنما حسب الإقليم المحدد في ضابط إسناد الاختصاص، ومنه فقواعد الاختصاص الإقليمي هي أقرب ما تكون إلى قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص، بحيث تشترك معها في خاصية جوهرية وهي أنها قواعد غير مباشرة، فهي لا تحدد محكمة بذاتها للنظر في الدعوى، وإنما تضع ضابطا من خلاله تتم معرفة المحكمة المختصة¹.

والقاعدة العامة في الاختصاص الإقليمي أن ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وهي القاعدة المكرسة في المادة 37 ق.إ.م.إ: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

وفي حالة تعدد المدعى عليهم، فللمدعي أن يختار محكمة من بين المحاكم التي تقع في دوائر اختصاصها مواطن المدعى عليهم، وذلك عملا بأحكام المادة 38 ق.إ.م.إ: "في حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الاختصاص الإقليمية للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم".

وقد سار المشرع الجزائري على هذه القاعدة ولم يخرج عنها في دعوى إثبات الزواج، وذلك بالنص في المادة 426 ق.إ.م.إ: "تكون المحكمة مختصة إقليميا ... في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه"، وذلك مع مراعاة التفصيل الوارد في المادة 37 من القانون ذاته.

¹ فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، الجزائر، 2009، ص. 20 وما بعدها. فاضلي إدريس، التنظيم القضائي والإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بن مرابط، الجزائر، 2009، ص. 122 وما بعدها.

وخلافا للدفع بعدم الاختصاص النوعي، فإن الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام، ولا يجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، كما لا يجوز للمدعي إذا رفع الدعوى أمام جهة قضائية معينة وتبين له فيما بعد أنها غير مختصة إقليميا أن يدفع بعدم الاختصاص الإقليمي بعد ذلك، ولأنه من الدفوع الشكلية، فإن على المدعى عليه أن يثيره قبل إثارة أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول تحت طائلة عدم قبول الدفع، ويكون الحكم الفاصل بقبول الدفع بعدم الاختصاص قابلا للاستئناف وحده، أما الحكم الفاصل برفض الدفع بعدم الاختصاص، فلا يجوز استئنافه إلا مع الحكم الفاصل في الموضوع فصلا قطعيا باتا¹.

وخلافا للتشريع الجزائري، فإن الاختصاص الإقليمي بالنظر في دعاوى إثبات الزوجية في التشريع المغربي ينعقد للمحكمة الواقع في دائرة نفوذها المكان الذي تم فيه الزواج إذا كان هو موطن أو محل مسكن المرأة المراد ثبوت الزوجية لفائدتها، أو المحكمة الواقع بدائرة نفوذها المكان الذي عاش فيه الزوجان أو لا زالوا يعيشان فيه، على اعتبار أن هذه المحكمة هي المؤهلة أكثر من غيرها للبحث والتحري في الطلب، لإمكانية وجود شهود لهم معرفة بالموضوع².

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد أسند الاختصاص بالنظر في هذه الدعوى للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن في مصر، تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي، وإذا تعدد المدعى عليهم ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم، وذلك عملا بأحكام القانون رقم 01 لسنة 2000 لا سيما المواد 10، و11، و15 منه³.

¹ عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، المرجع السابق، ص. 56.

² محمد الشتوي، الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق الزواج، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ص. 96.

³ محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص. ص. 287 - 288.

المطلب الثاني

إجراءات رفع الدعوى وسير الخصومة

ما دام الأمر يتعلق بزواج متنازع فيه، فإن تثبيته يتم عن طريق دعوى قضائية تتبع فيها الإجراءات المقررة لرفع الدعاوى بصفة عامة، إذ لا يكفي مجرد طلب بسيط إلى وكيل الجمهورية، كما هو الحال في تثبيت الزواج غير المتنازع فيه.

وعموماً، فإن دعوى سماع الزوجية أو كما تسمى بدعوى إثبات الزواج تمر بمرحلتين أساسيتين: مرحلة رفع الدعوى وانعقاد الخصومة (الفرع الأول)، ومرحلة النظر في الدعوى والفصل فيها (الفرع الثاني)، كما تخضع لوسائل إثبات معينة نشير إليها على انفراد في: (فرع ثالث).

الفرع الأول: رفع الدعوى وانعقاد الخصومة

إن رفع الدعوى لا يؤدي إلى انعقاد الخصومة بالضرورة، لأن الأول يتم من خلال عريضة مستوفية للشروط والبيانات المقررة قانوناً (أولاً)، أما الثانية، فتتم من خلال تبليغ المدعى عليهم، وتكليفهم بالحضور تكليفاً صحيحاً (ثانياً).

أولاً: عريضة افتتاح الدعوى

ترفع دعاوى إثبات الزواج عن طريق عريضة مكتوبة، وموقعة، ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي، أو وكيله، أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف، وذلك عملاً بأحكام المادة 14 ق.إ.م.إ، ولكي تكون مقبولة شكلاً، لا بد وأن تتضمن البيانات المشار إليها في المادة 15 من القانون ذاته:

- الجهة القضائية التي سترفع أمامها الدعوى؛

- اسم ولقب وموطن المدعي؛

- اسم ولقب وموطن المدعى عليه؛

- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي وإلى مقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي، وهذا البيان غير مطلوب في عريضة إثبات الزواج؛

- عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى؛

- الإشارة - عند الاقتضاء - إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

تلزم هي البيانات الواجب توفرها في العريضة الافتتاحية للدعوى، والمشار إليها في المادة 15 ق.إ.م.إ، تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلاً، لأن هذه البيانات تشكل إجراء جوهرياً، وتتدرج ضمن النظام العام، ولا يجوز مخالفة النظام العام¹.

بعد تحرير العريضة بشكل صحيح، يتم إيداعها لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة من أجل تسجيلها في السجل المخصص لرفع الدعاوى تبعاً لترتيب ورودها، وذلك مع مراعاة بيان أسماء وألقاب ومواطن كل واحد من المدعي والمدعى عليه، وبيان تاريخ الجلسة ورقم القضية على النسخة الأصلية للعريضة وعلى النسخ الأخرى التي تبلغ للخصوم، ويتم إجراء التسجيل بعد دفع الرسوم القضائية اللازمة، وذلك عملاً بمقتضيات المادة 16 ق.إ.م.إ.

وتطبيقاً لمقتضيات المادة 15، ولا سيما الفقرتين الأخيرتين، نرى أنه من المهم في دعوى إثبات الزواج الإشارة إلى كون الزواج قد تم وفق الأركان والشروط المقررة شرعاً وقانوناً، وكذا الإشارة إلى تاريخ العقد، وما إذا كان قد تم الدخول أم لا، وما إذا كان هناك حمل أم لا، مع دعم هذه الادعاءات بمختلف الوثائق والأسانيد، التي من شأنها أن تقنع القاضي بصحة هذه الادعاءات، كما يستحسن ذكر الأسباب التي حالت دون توثيق عقد الزواج إن وجدت، وبيان

¹ عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، المرجع السابق، ص. 10.

مصلحة رافع الدعوى في إثبات الزوجية، هل هي إثبات نسب الأولاد، أو طلب النفقة وتوابعها، أو استحقاق الإرث، أو غير ذلك¹.

ثانياً: التكليف بالحضور

لكي تتعدد الخصومة، لا بد من تبليغ نسخة من العريضة الافتتاحية إلى المدعي، وتكليفه بالحضور لأول جلسة، ويقصد بالتبليغ في هذا المقام التبليغ الرسمي، الذي يتم عن طريق المحضر القضائي، والمعرف في المادة 406 ق.إ.م.إ، بأنه ذلك التبليغ الذي يتم عن طريق المحضر القضائي، ويمكن أن يكون موضوعه عقداً قضائياً أو غير قضائي، كما يمكن أن يتعلق بأمر أو حكم أو قرار، فالتبليغ هو ذلك الإجراء القانوني الذي يتم بموجبه نقل وثيقة قضائية أو غير قضائية، بناء على طلب المدعي، وتسليمها إلى المدعى عليه، وفقاً للأوضاع والأشكال المقررة قانوناً².

يتم التبليغ الرسمي للمدعى عليه في موطنه القانوني الدائم، أو في موطنه المختار إذا كان يقيم في الخارج، أو في أي مكان يعثر عليه فيه، وهذا هو مقتضى المادة 3/406 ق.إ.م.إ، ولعل من أهم المستندات التي تبلغ للمدعى عليه التكليف بالحضور، والذي تناوله المشرع في المواد من 18 إلى 20 ق.إ.م.إ.

أما بالنسبة للبيانات التي يجب أن يشتمل عليها محضر التبليغ، فقد عدتها المادة 18 ق.إ.م.إ، وهي كالآتي:

- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته؛

- اسم ولقب المدعي وموطنه؛

- اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه؛

¹ صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، المرجع السابق، ص. 291.

² عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، المرجع السابق، ص. 26.

- تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي؛
- تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها.

إذن، تلكم هي البيانات الواجب تضمينها في محضر التكليف بالحضور، تحت طائلة بطلان المحضر وتحميل المحضر القضائي مسؤولية التعويض عما يصيب المبلغ له من أضرار.

والأصل أن يتم التبليغ إلى المعني شخصيا (المادة 408)، أو إلى وكيله (المادة 409)، غير أنه يمكن أن يتم التبليغ إلى أحد أفراد الأسرة في حالة استحالة التبليغ الشخصي (المادة 410)، أو عن طريق البريد في حالة رفض الشخص المطلوب تبليغه استيلاء وثيقة التبليغ الرسمي، أو رفض التوقيع عليه، أو رفض وضع بصمته (المادة 411)، أو في لوحة إعلانات المحكمة والبلدية التي كان بها آخر موطن للمعني، متى لم يكن له وقت التبليغ موطن معروف (المادة 412).

أما عن الآجال، فقد أوجبت المادة 3/16 احترام أجل 20 يوما على الأقل بين تاريخ التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة أشهر، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما في الخارج.

أما المشرع المغربي، فقد قرر مدة 5 أيام إذا كان موطن المدعى عليه في دائرة نفوذ المحكمة المختصة، و15 يوما إذا كان الموطن في مكان آخر داخل المملكة، ثابت ذلك في المادة 40 من قانون المسطرة المدنية¹.

¹ ويمتد أجل التبليغ حسب الفصل 41 من القانون نفسه إلى شهرين إذا كان موطن المدعى عليه بالجزائر أو تونس أو إحدى الدول الأوروبية، وإلى ثلاثة أشهر إذا كان في دولة في إفريقيا أو آسيا أو أمريكا، ويصل إلى أربعة أشهر إذا كان موطن المدعى عليه في الأقيانوس.

وخلافاً للمشرع الجزائري الذي يسند صلاحية التكليف بالحضور ومختلف التبليغات للمحضر القضائي فقط، نجد المشرع المغربي قد توسع في هذه المسألة، وذلك بأن أوكل هذه المهمة لعون كتابة الضبط، أو أعوان السلطة القضائية، أو البريد، أو حتى بواسطة السلطة الإدارية¹.

أما بالنسبة للتشريع الأردني، فإن التبليغات تتم من طرف المحضرين وفق الأشكال والإجراءات المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1988، وعلى من يتولى التبليغ أن يدرج بيانا بكيفية وقوع التبليغ مذيلا باسمه وتوقيعه، وإذا كان المطلوب تبليغه يقيم في منطقة محكمة أخرى في المملكة ترسل الأوراق إلى تلك المحكمة لتتولى تبليغها وإعادتها إلى المحكمة التي أصدرتها مرفقة بمحضر يفيد ما اتخذته بشأنها من إجراءات، واستناداً لنص المادة (13) من هذا القانون، فإنه إذا كان المطلوب تبليغه مقيماً في بلد أجنبي وكان موطنه معروفاً، تسلم الأوراق لوزارة العدل لتبليغها إليه بالطرق الدبلوماسية، ما لم يرد نص على خلاف ذلك، وللوزارة نفس الدور في حال ورود طلب من قبل محاكم أجنبية لتبليغ مواطن يقطن على الأراضي الأردنية، وتراعى بشأن ذلك الاتفاقيات الدولية الصادرة بهذا الخصوص².

الفرع الثاني: النظر في الدعوى والفصل فيها

بعد استيفاء إجراءات رفع الدعوى وتكليف المدعى عليه بالحضور تكليفاً صحيحاً، تتعقد الخصومة بين الطرفين، وبحضور الخصوم في التاريخ المحدد لأول جلسة، سواء تم الحضور شخصياً، أم بواسطة محاميهم، أم وكلائهم، يتم فتح باب المرافعة في الدعوى محل النزاع

¹ صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، المرجع السابق، ص. 296.

² ناريمان زكي جمال الخيري، أصول وإجراءات تبليغ الأوراق القضائية وفق أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، المعهد القضائي الأردني، عمان، 2021، ص.ص. 3-4.

(دعوى إثبات الزوجية) كمرحلة أولى (أولاً)، ثم التداول في القضية وإصدار الحكم فيها كمرحلة ثانية (ثانياً).

أولاً: مناقشة دعوى إثبات الزواج

تنص المادة 20 ق.إ.م.إ. على أن يحضر الخصوم في التاريخ المحدد في التكليف بالحضور شخصياً، أو بواسطة محاميهم، أو وكلائهم، وبحضور الخصوم في أول جلسة، يتم البدء في مناقشة موضوع الدعوى، والذي يتحدد بناء على ما تقدم به أطراف الدعوى من طلبات ودفع، فالطلب الأصلي في دعوى سماع الزوجية هو إثبات الزواج المدعى به في عريضة افتتاح الدعوى، وقد يدعم بطلبات إضافية خلال سير الدعوى¹.

في مقابل ذلك، يكون أمام الخصم التقدم بمختلف الدفع (الشكالية، وبعدم القبول، والموضوعية) التي من شأنها أن تضع حدا للنزاع، أو تقنع القاضي بإصدار حكم لصالحه وعدم الاستجابة لادعاءات رافع الدعوى².

كما يمكن التقدم بطلبات مقابلة أو مضادة، طالما أن أطراف الدعوى سيتبادلان الأدوار خلال مراحل سير الخصومة، ويتم ذلك غالباً بتبادل المذكرات الكتابية، وتقديم كل طرف لمختلف الأدلة والمستندات التي تثبت صحة ادعاءاته وتفنيد مزاعم خصمه³، وذلك وفق الأوضاع المقررة في المواد من 21 إلى 24 ق.إ.م.إ.، ومن المستندات التي يمكن تقديمها في دعوى سماع الزوجية الوثيقة المحررة من طرف الإمام بانعقاد الزواج، وشهادة تثبت حمل

¹ عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، المرجع السابق، ص. ص. 76-78.

² عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية الحق، الطبعة الثانية، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، مصر، 1965، ص. 283.

³ عبد الكريم الطالب، المختصر في الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2005، ص. 101.

الزوجة، وشهادة تثبت وضع الحمل، وأي وثيقة أخرى من شأنها أن تساهم في تنوير القاضي للوصول إلى الحقيقة والحكم لصالح المدعي¹.

يتم إيداع هذه المستندات بأصولها أو نسخ مطابقة للأصل بأمانة الضبط مقابل وصل تسليم، وذلك قصد جردها والتأشير عليها قبل إيداعها بملف القضية، تحت طائلة الرفض (المادة 22 ق.إ.م.إ.)، ويجوز للقاضي قبول نسخة عادية عنها عند الاقتضاء.

يتم تبادل المستندات أثناء سير الجلسة أو خارجها بواسطة أمين الضبط (المادة 2/23)، ويمكن للقاضي بناء على طلب أحد الخصوم أن يأمر شفها بإبلاغ كل وثيقة عرضت عليه وثبت عدم إبلاغها للخصم الآخر، ويحدد أجل وكيفية ذلك الإبلاغ (المادة 2/23).

في السياق ذاته، يمكن للقاضي في إطار تحقيقه في القضية وتقديره للأدلة والمستندات الاستعانة بإجراءات أخرى من شأنها مساعدته في الوصول إلى الحقيقة، كالأمر بإجراء خبرة، والمعينة، ومضاهاة الخطوط، وتوجيه اليمين، والأمر بحضور الخصم شخصياً واستجوابه، وغير ذلك، وذلك في إطار الدور الإيجابي الذي يلعبه القاضي في دعاوى شؤون الأسرة، وباعتباره المسؤول على السهر على حسن سير الخصومة بين أطراف الدعوى².

ثانياً: المداولة وإصدار الحكم

بعد اكتفاء الخصوم وإقفال باب المرافعة، يتم وضع القضية في المداولة، وذلك من أجل إصدار الحكم المناسب بشأنها، فالمداولة هي الفترة الزمنية التي تمنحها الهيئة الحاكمة لنفسها للتشاور والتفكير في الحكم المناسب للقضية المعروضة أمامها، والأسباب والأسانيد التي يمكن أن يؤسس عليها هذا الحكم³.

¹ صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، المرجع السابق، ص. 298.

² محمد الشتوي، المرجع السابق، ص. 102. عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2002، ص. 65.

³ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 1977، ص. 66.

وتتم المداولة بين القضاة الذين حضروا المرافعة فقط، ولا يجوز إدخال قاض آخر في المداولة من غير الذين حضروا المرافعة واستمعوا إلى طلبات ودفع الأطراف¹، وفي حالة وفاة أحدهم أو نقله إلى محكمة أخرى، يتعين إعادة فتح باب المرافعة من جديد والاستماع إلى أطراف الدعوى مرة أخرى²، فهناك إذن تلازم بين حضور المرافعة والمشاركة في المداولة، لأن من لم يحضر المرافعة لا يتصور أن يتمكن من تقديم رأي بناء وسديد في المداولة.

علاوة على ذلك، تتم المداولة في سرية تامة من دون حضور أطراف الدعوى بما فيهم النيابة العامة، ودون حضور أمين الضبط³، وبانتهاء المداولة في القضية، لا يبقى من إجراءات سير الدعوى سوى النطق بالحكم، سواء تم ذلك في الحال، أم في تاريخ لاحق، على أن يبلغ الخصوم بهذا التاريخ خلال الجلسة، وفي حالة التأجيل، يجب أن يحدد تاريخ النطق بالحكم للجلسة الموالية، على أن يكون التأجيل فقط في حالة الضرورة، وألا يتجاوز جلستين متتاليتين، وهذا حسب المادة 271 ق.إ.م.إ.

وفي كل الأحوال، يتم النطق بالحكم شفويا، وفي جلسة علنية، حتى وإن كانت جلسات المرافعة سرية، وذلك تطبيقا لمبدأ العلنية المكرس في المادة 7 ق.إ.م.إ، وتصدر الأحكام باسم الشعب الجزائري، وتتضمن تحت طائلة البطلان عبارة "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب الجزائري"، كما يجب أن تتضمن جملة من البيانات المذكورة حصرا في المادة 276 ق.إ.م.إ.

¹ وذلك عملا بأحكام المادة 269 ق.إ.م.إ: "تتم المداولات في السرية، وتكون وجوبا بحضور كل قضاة التشكيلة، دون حضور ممثل النيابة العامة والخصوم ومحاميهم وأمين الضبط".

² المادة 268 ق.إ.م.إ: "يجوز للجهة القضائية المعروض أمامها النزاع بعد إقفال باب المرافعات أن تعيد القضية إلى الجدول كلما دعت الضرورة لذلك. كما يمكن أن تقوم بذلك بناء على طلب أحد الخصوم أو بسبب تغيير في تشكيلتها. تفتح المرافعات من جديد بناء على أمر شفوي من رئيس التشكيلة المعني".

³ المادة 269 ق.إ.م.إ.

الفرع الثالث: وسائل إثبات العلاقة الزوجية

إن التقدم بأي ادعاء أمام القضاء، يستدعي من المدعي إثبات صحة ادعائه حتى يحكم له بما طلب، وفي دعوى إثبات الزواج، لا بد على من يطلب ذلك إثبات طلبه بمختلف الوسائل المقررة قانوناً، والإثبات بهذا المعنى هو إقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من طرق الإقناع على صحة واقعة متنازع فيها، بقصد الوصول إلى النتائج القانونية التي تترتب على صحة الواقعة المذكورة¹.

ولأن المشرع يشترط الإشهاد في عقد الزواج، فإننا نرى أن الدليل الأصلي في إثبات عقد الزواج هو شهادة الشهود، أو كما تسمى بالبينة (أولاً)، غير أن الإشكال يثار حول مدى إمكانية اعتماد وسائل أخرى في الإثبات من غير شهادة الشهود (ثانياً).

أولاً: شهادة الشهود

رغم كون المشرع الجزائري لم يشر في قانون الأسرة إلى الوسائل المعتمدة في إثبات الزواج، إلا أننا نرى أن الأولى والأخرى هو اعتماد البينة، أو كما تسمى بشهادة الشهود، خاصة وأن المشرع أدرجها بمقتضى المادة 9 مكرر ق. أ ضمن شروط عقد الزواج، وعلى النهج نفسه، سارت مختلف التشريعات المقارنة، وذلك بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي أولت هذه المسألة عناية خاصة، سيما أن الشريعة الإسلامية لا تشترط توثيق عقد الزواج، بل تكفي بالإشهاد عليه فقط².

وتعرف الشهادة بأنها إخبار شخص من غير أطراف الخصومة أمام القضاء بصدور واقعة من غيره، تثبت حقاً لشخص آخر، أو تنشئ التزاماً على الغير³.

¹ سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999، ص. 3.

² محمد بن رشد، المرجع السابق، ص. 13.

³ محمد حسين منصور، قانون الإثبات: مبادئ الإثبات وطرقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص. 130.

وقد تراجع دور الشهادة في الإثبات، فاسحة المجال أمام الكتابة التي أصبحت تحتل الصدارة في أدلة الإثبات، وذلك لما تتطوي عليه من عيوب نتيجة اعتمادها على عنصر الأمانة والثقة، وهي العناصر النادرة اليوم نظرا لضعف الوازع الديني وتعرض الشهود للنسيان بسبب تعقد الحياة وتشعبها¹.

ولما كان الهدف من دعوى إثبات الزواج هو توثيقه لدى الدوائر الرسمية حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير وفي مواجهة الطرف الآخر، فإن الإثبات بالكتابة أمام القضاء يعد أمرا مستحيلا، إذ لو كان بيد طالب التثبيت وثيقة رسمية تثبت زواجه، ما أقدم على رفع دعوى أمام القضاء يطلب فيها إثبات زواجه، ومن ثم، فإن اعتماد الشهادة يصبح أمرا ضروريا وحتميا، ما دام الإشهاد في عقد الزواج، إنما شرع لمواجهة مثل هذه الحالات.

وعلى الرغم من كون المشرع لم يفصل في شروط الإشهاد على الزواج، ومنها شرط الذكورة، فقد أقرت المحكمة العليا في أحد قراراتها بعدم قبول شهادة امرأتين على صحة الزواج، حيث جاء فيه: "ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه جاء خاليا من أية حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة، ومخطئا في فهم أنواع الشهادات في الفقه..."².

واشترطت في قرار آخر ضرورة توجيه اليمين إلى الشهود بأن يقولوا الحق، وذلك بعد أن حددت الإجراءات الواجب اتباعها من طرف القضاة في استماعهم للشهود: "من المقرر قانونا أنه يتوجب على القاضي الاستماع بنفسه شهادة الشاهد وعلى انفراد، سواء بحضور الخصوم أو غيابهم، ويذكر كل شاهد قبل الإدلاء بشهادته اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وعلاقته ودرجة

¹ أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الأول، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1972، ص. 532.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15-12-1986، ملف رقم 43889، م.ق، 2003، عدد 2، ص. 37.

قربته ومصاهرته أو تبعيته للخصوم، ثم يحلف بأن يقول الحق"، وتبعاً لذلك، نقضت قرار المجلس القضائي، كون القضاة أغفلوا حين الاستماع للشهود توجيه اليمين إليهم¹.

والشهادة من حيث قيمتها القانونية على خمسة أنواع: الشهادة المباشرة، والشهادة السماعية، والشهادة بالتسامع، والشهادة بالشهرة العامة، وشهادة الأبداد².

ونرى أن الشهادة الواجب اعتمادها في إثبات الزواج هي الشهادة المباشرة، وذلك نظراً لخطورة عقد الزواج وأهمية الآثار القانونية المترتبة عليه، حيث جاء في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم عندما سأل رجل عن الشهادة، فقال له: "هل ترى الشمس؟ قال نعم، قال عليه الصلاة والسلام: على مثلها فاشهد أو دع"³.

وعلى الرغم من كون المشرع الجزائري لم يتناول هذه المسألة، إلا أن المحكمة العليا قررت في أحد اجتهاداتها إمكانية الاعتداد بشهادة السماع، إذ جاء في قرارها: "من المقرر شرعاً أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين..."⁴. وهو ما سار عليه العمل القضائي في المغرب، حيث جاء في حكم قضائي: "إذ الزوجية تثبت في هذه الحالة بالبينة ولو كانت سماعية كما في الشيخ خليل، وهو ما أقرته مدونة الأسرة في المادة 16... وحيث تبعاً لما تقدم تكون الزوجية ثابتة بين الطرفين على وجه صحيح مؤسس شرعاً وقانوناً"⁵.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 27-03-1989، ملف رقم 53272، م.ق، 2003، عدد 3، ص. 82.

² يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص. 188.

³ أحمد أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، الجزء السابع، كتاب الشهادات، باب التحفظ في الشهادة والعلم بها، حديث رقم 21169، ص. 353.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15-12-1986، 43889، مذكور سابقاً.

⁵ حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بسلا، المغرب، عدد 1337، ملف رقم 02/2008 بتاريخ 2008-06-05، غير منشور.

ثانياً: مدى إمكانية الاعتداد بوسائل إثبات أخرى

نبحث في هذه الجزئية عن مدى إمكانية اعتماد الإقرار (1)، والخبرة الطبية (2)، كأدلة إثبات بدل شهادة الشهود.

1- الإقرار:

يعتبر الإقرار من الطرق المعفية من الإثبات إلى جانب اليمين الحاسمة والقرائن القانونية، ويعرف الإقرار بأنه اعتراف يصدر من شخص على نفسه بحق لغيره¹، وهو بهذا المعنى يجعل الواقعة المدعى بها في غير حاجة إلى الإثبات، ومن ثم فهو يؤدي إلى حسم النزاع على خلاف أدلة الإثبات الأخرى، لذلك جرى الفقه على اعتباره دليلاً غير عادي².

والإقرار المعتمد به كقاعدة هو الإقرار القضائي، أي ذلك الذي يصدر أمام القضاء وأثناء النظر في الدعوى محل النزاع، أما الإقرار غير القضائي، أي ذلك الذي يتم خارج مجلس القضاء أو يصدر أمام القضاء ولكن في دعوى أخرى غير الدعوى المعنية، فالأصل، أنه لا يعتد به، ما لم يتبين للقاضي أن المقر أراد بإقراره حسم النزاع³.

وإذا كان الإقرار سيد الأدلة، فإن قيمته القانونية تتراجع عندما يتعلق الأمر بإثبات العلاقة الزوجية، لترك المجال لشهادة الشهود التي تعتبر أهم دليل على الإطلاق في إثبات الزواج، خاصة وأن المشرع أدرجها ضمن شروط صحة الزواج كما تمت الإشارة إلى ذلك سابقاً⁴.

غير أن الإشكال يثار في حالة ما إذا كان الزواج لم يتم الإشهاد عليه، خاصة وأن المشرع لم يرتب على تخلف الشهادة بطلان الزواج أو فساده متى تبعه دخول، وذلك عملاً

¹ نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2001، ص. 312.

² محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص. 213.

³ سمير تناغو، المرجع السابق، ص. 123.

⁴ ينظر المادة 9 مكرر ق.أ.

بأحكام المادة 33 ق.أ التي نصت: "... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدق المثل".

في مثل هذه الحالة، نرى أن الأولى هو الاعتداد بشهادة السماع إن وجدت، طالما أن اجتهادات المحكمة العليا تشير إلى إمكانية الأخذ بها في إثبات الزواج كما أشرنا إلى ذلك أعلاه¹، أما الاعتماد على الإقرار وحده لإثبات العلاقة الزوجية، فنرى أنه غير كاف لوحده، وذلك لاحتمال وجود تواطؤ بين طرفي العلاقة التي يمكن أن تكون غير مشروعة، وذلك بأن تدعي الزوجة مثلا وجود هذه العلاقة، ويأخذ الزوج دور المنكر في مرحلة أولى، ثم يعترف بعد ذلك بوجود العلاقة، فيأخذ القاضي بهذا الإقرار ويثبت الزواج، وهذا أمر غير معقول.

لذلك، نرى أن القيمة القانونية للإقرار في دعوى إثبات الزواج تتراجع مقارنة مع قيمته في الدعاوى المتعلقة بالمعاملات المالية، لأجل ذلك، يرى الباحث أن الإقرار لا يعتد به في إثبات العلاقة الزوجية إلا دعما لشهادة الشهود.

2- الطرق العلمية في الإثبات:

من المتعارف عليه في إجراءات التقاضي أنه بإمكان القاضي اللجوء إلى الخبرة الطبية من أجل الوصول إلى الحقيقة وتأسيس الحكم على معطيات صحيحة ويقينية²، وتطبيقا لذلك، نص المشرع في المادة 2/40 ق.أ: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، كما نص المشرع المغربي على جواز إعمال الخبرة الطبية أو الطرق العلمية في المادتين 156 و158 من مدونة الأسرة، وكذا المشرع المصري في المادة 4 من قانون الطفل رقم 126 لسنة 2008، حيث نصت على أنه: "للطفل الحق في نسبه إلى والديه الشرعيين والتمتع برعايتهما، وله الحق في إثبات نسبه الشرعي إليهما بكافة وسائل الإثبات بما فيها الوسائل العلمية المشروعة".

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 43889، 15-12-1986، مذكور سابقا.

² عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، المرجع السابق، ص. 155.

واضح من خلال نص المادة 2/40 أن المشرع الجزائري على غرار نظيره المغربي والمصري، أدرج الطرق العلمية ضمن طرق إثبات النسب، غير أنه جعل الأمر جوازياً من جهة، ولم يحدد ما إذا كان المقصود بها تحليل البصمة الوراثية A.D.N من جهة ثانية.

وإذا كان من الثابت إمكانية الاعتماد على تحليل البصمة الوراثية في إثبات النسب ولو على سبيل التأكد فقط¹، وذلك لتمسك المشرع بشرعية العلاقة الزوجية²، لأن حجية هذا الدليل تقتصر على إثبات النسب البيولوجي دون النسب الشرعي، فإن التساؤل يثار حول ما إذا كان ثبوت النسب يؤدي بالضرورة إلى ثبوت الزواج؟

ويبدو لنا أن ثبوت النسب بالبصمة الوراثية لا يعني بالضرورة وجود زواج صحيح مستوف للشروط والأركان المقررة شرعاً وقانوناً؛ لأن إثبات النسب في حد ذاته يستدعي إثبات وجود زواج صحيح، بل إن الهدف من إثبات الزواج يكون في الغالب الأعم الوصول إلى إثبات النسب، ومن ثم، لا يتصور إثبات النسب قبل إثبات الزواج، وإن استأنس القاضي بالبصمة الوراثية من أجل التأكد من وجود علاقة زوجية، فنرى أنه من الضروري أن يتم ذلك بالنسبة للأُم كذلك، لأنه قد يكون الولد ابناً للزوج، ولكن ليس ابناً للزوجة، فيمكن أن يكون ابناً لزوجة أخرى، أو ابناً لخليلة، وهذا أمر واجب التأكد منه، لأنه يدخل ضمن النظام العام، الذي لا يجوز مخالفته³.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 05-03-2006، ملف رقم 355180، م.م.ع، 2006، عدد 1، ص. 469. وهو اجتهاد يخالف اجتهادها السابق: 15-06-1999، ملف رقم 222674، إ.ق، عدد خاص، ص. 88.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، 19-05-1998، ملف رقم 193825، إ.ق.غ.أ.ش، ص. 73.

³ لمزيد من التفاصيل والآراء حول هذا الموضوع: يراجع: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 396 وما بعدها.

خاتمة

خاتمة

من خلال ما سبق، نخلص إلى أن البعد التعاقدى يقوم على تكريس مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، المستلهم أساساً من الأفكار الليبرالية القائمة على النزعة الفردية، أما البعد النظامي، فيقوم على تقييد هذا المبدأ وتضييق مجاله لصالح فكرة النظام العام والآداب العامة، والتي تركز على النزعة الموضوعية، بما يضمن الحفاظ على استقرار المجتمع من التزعزع والانحلال.

وفي تنظيمه لأحكام إبرام الزواج، ظل المشرع يتأرجح بين هاتين الفكرتين أخذاً ورداً، فهناك جوانب أخذ فيها بمبدأ سلطان الإرادة، وهناك جوانب أخرى أخذ فيها بفكرة النظام العام والمصلحة العامة على حساب حرية أطراف العقد، فرغم كون الزواج عقداً لا يقوم إلا بتوافق إرادتين، إلا أن هناك مواضع كثيرة تدخل فيها المشرع لتنظيم أحكامه، بما فيها الأحكام الخاصة بإبرامه.

فإذا كنا لا ننكر أن الزواج يقوم على فكرة الاعتبار الشخصي، بما يعني أنه لا يمكن إجبار الشخص على الزواج بوجه عام، والزواج من شخص معين بوجه خاص، فإننا نقر في مقابل ذلك بكون الزواج الإطار الشرعي والقانوني لقيام الأسرة، والأسرة هي الخلية الأساسية التي يتشكل منها المجتمع، فصلاحه من صلاحها، وفساده من فسادها، وهذا مبرر كاف لتدخل المشرع بتنظيم أحكامه تنظيمياً محكماً، طالما أنه المسؤول عن حماية المجتمع من مختلف الجوانب.

ومن هنا، فإن التزاوج بين البعدين التعاقدى والنظامي، أمر حتمي في عقد الزواج، إذ لا يمكن أن يكون عقداً صرفاً ولا نظاماً صرفاً، لأن اعتبار الزواج نظاماً صرفاً سوف يؤدي إلى التضحية بمبدأ سلطان الإرادة، الذي يعد أهم الأسس التي يقوم عليها العقد بصفة عامة،

والزواج بصفة خاصة، واعتباره عقدا صرفا سوف يؤدي إلى التضحية بالنظام العام والمصلحة العامة، وهذا ليس في مصلحة أحد.

وعلى هذا الأساس، كان لزاما على المشرع في تناوله لأحكام الزواج، العمل على إيجاد توليفة مناسبة بين هاتين الفكرتين المتناقضتين، لأن ذلك لا مناص منه، ما دامت كل فكرة ضرورية، ولا يمكن الاستغناء عنها في العقود عامة، والزواج خاصة، وذلك في إطار من التناسق والتناغم الذي يضمن التوازن المعقول بين الفكرتين في ضوء مقارنة توفيقية عادلة.

غير أنه من خلال بحثنا في الموضوع، وبعد تمحيص مختلف عناصره وجزئياته، يمكن القول إن البعد التعاقدي في عقد الزواج، والمستمد أساسا من الطابع الرضائي لهذا العقد، أخذ مكانة أوضح وحيزا أكبر من مكانة البعد النظامي، وذلك لكون الثاني يهتم بتنظيم أحكام الزواج، في حين يبقى الأول محددًا أساسيا لوجود الزواج أو عدم وجوده، فإذا كان بالإمكان تصور فسخ زواج أو إبطاله رغم رضا طرفيه به، فإنه لا يمكن مطلقا أن نتصور وجود عقد زواج بدون إرادة أحد طرفيه أو كليهما، طالما أن الإرادة هي العنصر الأساسي في إنشاء هذا العقد، وأن أعمال الأحكام الخاصة بعقد الزواج متوقف وجودا وعدما على وجود العقد، وهذا بالرغم من وجود بعض العقود التي قد يجبر الشخص على إبرامها كعقود التأمين الإجبارية التي تعتبر أهم مظهر من مظاهر تراجع مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية.

ومن جهة أخرى، فإن آثار الزواج لم تعد محددة بمقتضى القانون فحسب، إذ يمكن للإرادة كذلك ترتيب آثار قانونية تحدد بمحض اتفاق الطرفين، وذلك بعد أن أصبحت قوانين الأحوال الشخصية -ومنها قانون الأسرة الجزائري- تجيز الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد لاحق، على جوانب معينة في حياتهما الزوجية، شريطة عدم مخالفة مقتضى العقد وأحكام الشرع.

وعلى صعيد آخر، فإنه حتى بالنسبة للتسمية، فقد جرت العادة في أوساط الباحثين، عدم التمييز بين عقد الزواج، ونظام الزواج، بحيث ينظر إليهما على أنهما مترادفان، وأن معناهما واحد، وذلك لأن كلا منهما أصبح يحمل معناه ومعنى ضده، فالنظام يحمل معنى النظام ومعنى العقد في آن واحد، والعقد كذلك يحمل معنى العقد ومعنى النظام في آن واحد، فلا فرق بين القول عقد الزواج أو نظام الزواج.

ومهما يكن من أمر، فإن البحث في موضوع هذه الرسالة، لم يقتصر على بيان مظاهر البعد التعاقدى والبعد النظامي في إبرام عقد الزواج، بل امتد لدراسة عناصر تكوين هذا العقد، وذلك حتى يتسنى لنا إجراء عملية إسقاط على عناصره وجزئياته لمعرفة مواطن الاعتداد بالبعد التعاقدى ومواطن الاعتداد بالبعد النظامي في عقد الزواج.

ومن خلال بحثنا في هذا الموضوع، كنا قد كشفنا عن بعض التناقضات والاختلالات في تنظيم عقد الزواج، سواء من حيث إبرامه، أم من حيث توزيع أحكامه بين البعد التعاقدى والبعد النظامي، نحاول أن نسردها فيما يلي:

- عدم التوازن والتجانس في توزيع البعد التعاقدى والبعد النظامي على أحكام الزواج، إذ نجد أن هناك بعض المسائل التي أخذ فيها المشرع بالبعد التعاقدى، وكان حري به أن يأخذ فيها بالبعد النظامي، كما هو الحال بالنسبة للشهادة الطبية التي كرس فيها المشرع إرادة المتعاقدين على حساب ما تتضمنه الشهادة.

- الخلط الواضح بين بعض الأنظمة القانونية ذات الصلة بعقد الزواج كنظام البطلان، والإبطال، والفسخ، والطلاق، والتفريق، حيث لاحظنا أن المشرع لم يكن دقيقاً بشأنها، مع العلم أن كل واحد من هذه الأنظمة له ما يميزه عن غيره من الأنظمة الأخرى.

- عدم الدقة في تكييف عناصر عقد الزواج وتوزيعها بين الركن والشرط كما هو الحال بالنسبة لانعدام الموانع الشرعية، الذي كان على المشرع أن يعتبره ركناً لا شرطاً، خاصة أنه رتب على وجود أحد الموانع فسخ الزواج قبل الدخول وبعده.
- هشاشة الجزاءات القانونية المترتبة على مخالفة الأحكام المتعلقة بإبرام عقد الزواج، لا سيما تلك المتعلقة بالأهلية، والتراخيص الواجب الحصول عليها قبل الزواج.
- عدم وضوح العلاقة بين نظام التوثيق ونظام الإشهاد، والاختلال في القيمة القانونية لكل منهما، حيث أن المشرع أعطى للتوثيق قيمة ثبوتية أكبر من القيمة الثبوتية للشهادة، مع أن الأول لا يدخل ضمن عناصر إبرام عقد الزواج، خلافاً للثاني الذي يعتبر واحداً من هذه العناصر، وذلك بمقتضى المادة 9 مكرر ق.أ.
- ازدواجية مجلس عقد الزواج، وما يثيره من إشكالات وتناقضات على المستويين الموضوعي والإجرائي.

لأجل ذلك، نوصي في هذا الشأن بما يلي:

أولاً- إعادة النظر في طريقة توزيع أحكام الزواج بين البعد التعاقدى والبعد النظامي، فهناك بعض الجوانب في عقد الزواج كرس فيها المشرع مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، وكان الأولى أن يكرس بدلاً من ذلك البعد النظامي، وذلك بتغليب فكرة النظام العام والمصلحة العامة على إرادة طرفي العقد، وخاصة فيما يتعلق بعدم السماح لضابط الحالة المدنية والموثق، من الامتناع عن إبرام عقد الزواج خلافاً لإرادة المعنيين، حتى وإن أثبتت الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 7 مكرر ق.أ وجود أمراض قد تؤثر سلباً على صحة الطرفين وذريتهما.

في مقابل ذلك، هناك بعض المسائل قيد فيها المشرع مبدأ سلطان الإرادة، وكان يستحسن تجنب ذلك، ومن ذلك مسألة التعدد، أين قيد المشرع إرادة الزوج في التعدد بموافقة

الزوجة السابقة، مع أن التعدد حق خالص للزوج لا يسمح للزوجة بالتدخل فيه، فإذا كان اشتراط موافقة المرأة المراد الزواج منها والحصول على ترخيص من المحكمة أمراً مقبولاً، لأن الأولى تعد طرفاً في العقد، والزواج من قبل يعتبر صفة جوهرية في الزوج، والثانية سلطة عامة يخولها القانون هذه المكنة، فإننا لا نرى مبرراً في اشتراط موافقة الزوجة السابقة، طالما أنها ليست بطرف في العقد، ولا بسلطة عامة تتوقف حرية الآخرين على موافقتها وترخيص منها.

ثانياً- عدم التكلف في تنظيم عقد الزواج بأحكام خاصة إلا فيما يستدعي التخصيص، فالزواج عقد مدني كأصل، فهو ليس بعقد ديني تشترط فيه الطقوس الدينية كما هو عليه الحال في الدول المسيحية، وإنما هو عقد يخضع كأصل لأحكام النظرية العامة للعقد، وأن إخضاعه لأحكام استثنائية غير مألوفة في نظرية العقد لا يكون إلا في نطاق ضيق تستدعيه خصوصية هذا العقد وقديسيته.

ثالثاً- ضرورة التمييز بين حالات البطلان، والإبطال، والفسخ، والتفريق، والطلاق، إذ لا حظنا من خلال بحثنا في الموضوع أن المشرع لا يفرق في كثير من المواضع بين هذه المفاهيم، فهناك حالات تقتضي بطلان العقد ينص فيها المشرع على فسخ العقد، كما هو الحال بالنسبة للزواج بإحدى المحرمات إذا لم يحصل الدخول، وهناك حالات تقتضي التفريق ينص فيها المشرع كذلك على الفسخ، كما هو الحال بالنسبة للزواج الباطل الذي لحقه دخول، فكان على المشرع أن يعيد النظر في هذه المفاهيم ويضع كلا منهما في مقامه، دون إغفال التنصيص على اللعان كسبب لإنهاء الرابطة الزوجية وعدم حصره في نفي النسب.

رابعاً- إعادة تكييف عناصر العقد ومكوناته تكييفاً صحيحاً وفق ما يتماشى وأحكام النظرية العامة للعقد، فهناك بعض العناصر أعطاها المشرع تكييفاً خاطئاً، ويتعلق الأمر بالدرجة الأولى بانعدام الموانع الشرعية الذي اعتبره المشرع في المادة 9 مكرر ق.أ شرطاً، وكان

الأولى أن يعتبره ركنا، طالما أنه رتب على وجود أحد الموانع فسخ العقد (والأصح بطلانه) بغض النظر عما إذا حصل الدخول أم لم يحصل.

خامسا- تعزيز القيمة القانونية لعناصر تكوين عقد الزواج، إذ لا يعقل في مجال التشريع أن يقرر المشرع حكما، ثم لا يرتب أي جزاء قانوني على مخالفته، خاصة بالنسبة للأهلية، وتوثيق العقد، والتراخيص الواجب الحصول عليها قبل الزواج، سيما عندما يتعلق الأمر بالمنتقلين إلى الأسلاك الحساسة والأجهزة الأمنية للدولة.

سادسا- إعادة النظر في العلاقة بين نظام التوثيق ونظام الإشهاد في عقد الزواج، وذلك من خلال إيجاد علاقة تكامل بينهما من شأنها أن تحقق المقصد الأساسي من النظامين، وهو إثبات العلاقة الزوجية في حالة الجحود والإنكار.

سابعا- إعادة تنظيم الولاية بما يتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية على الأقل وفق المذهب الحنفي، باعتباره أكثر المذاهب الفقهية مرونة في المسألة، وأقربها إلى أحكام الولاية في التشريع الجزائري.

ثامنا- القضاء على مشكل ازدواجية مجلس العقد، وذلك بإسناد اختصاص إبرام العقد وتوثيقه لجهة واحدة قادرة على التحري في مدى توفر عناصر عقد الزواج، ونقترح في هذا الشأن حلا عمليا وبسيطا من شأنه أن يقضي على الفوضى التي أثارها هذه الازدواجية، وذلك في النقاط التالية:

1- اختيار جهة معينة يراها المشرع مؤهلة لتبين مدى توفر أركان وشروط العقد، ونقترح في هذا الخصوص: ضابط الحالة المدنية، أو الموثق، أو القاضي، أو الإمام، ولا بأس في إسناد الاختصاص لأكثر من جهة وترك الخيار للمعني.

2- إلزام الجهة المختصة بإبرام العقد وفق الطريقة القانونية والشرعية، وخاصة ما تعلق بالصيغة وانعدام الموانع الشرعية، سيما في حالات وجود علاقة رضاع بين طرفي العقد.

3- إلزام الجهة المختصة بإبرام العقد وتوثيقه في الوقت نفسه، وذلك في نماذج موحدة ومعدة مسبقاً خصيصاً لهذا الغرض.

4- في حالة إسناد هذه المهمة لضابط الحالة المدنية، فإنه يحزر العقد مباشرة في سجلات الحالة المدنية، وفي حالة إسناد الاختصاص لجهة أخرى، فلا بد من استحداث آليات قانونية يتم من خلالها إرسال محرر الزواج من الجهة المختصة (الموثق، أو القاضي، أو الإمام) إلى ضابط الحالة المدنية لتسجيله في سجل عقود الزواج اعتباراً من التاريخ الثابت في المحرر الوارد إليه.

5- في حالة إسناد هذه المهمة إلى إمام المسجد، فإنه يتعين حصرها في المسجد المركزي، واستحداث قاعة خاصة بعقود الزواج، حتى يتسنى للمرأة الحضور إن أرادت إبرام عقد زواجها بنفسها، أو مراقبة وكيلها في إبرامه عقد زواجها.

6- في حالة عدم حضور أحد طرفي العقد، وكان قد وكل من ينوب عنه في إبرامه، فلا بد من وكالة خاصة ومكتوبة، حتى وإن كان الوكيل هو الولي نفسه، وذلك حتى يكون الإمام على دراية بما اتجهت إليه إرادة الزوجة، لأنه يحصل من الناحية العملية أن يبرم الولي عقد زواج موليته دون أن تكون راضية بذلك.

7- ضرورة إقناع الرأي العام عن طريق وسائل الإعلام ومنظمات المجتمع المدني بشرعية هذه الآلية، وذلك تجنباً لإثارة الفوضى من قبل المتطفلين الذين يدعون الفهم في الدين بالقول إن هذه الآلية هي تكريس للعلمانية والأفكار الغربية، وما إلى ذلك من الأكاذيب والاتهامات الباطلة.

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

القرآن الكريم:

أولاً/ المصادر والمراجع باللغة العربية

1/ كتب الحديث:

- أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، الجزء السابع، الجزء الثامن، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998.
- أحمد بن حجر العسقلاني: - التلخيص الحبير، الجزء الثالث، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998.
- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، الجزء الثالث، الجزء السادس، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998.
- أحمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، الجزء السادس، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998.
- السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، الجزء الثاني، الجزء الثالث، الجزء الرابع، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998.
- سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار السلفية، الهند، 1982.

- عبد الرزاق بن همام الصنعاني، مصنف عبد الرزاق، الجزء السابع، الجزء الثامن، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998.
- مالك بن أنس، الموطأ، الجزء الأول، الجزء الثاني، مكتبة البشري، المدينة المنورة، السعودية، 2011.
- محمد ابن حبان البستي، صحيح ابن حبان، الجزء التاسع، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998.
- محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الجزء الثاني، الجزء الخامس، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998.
- محمد بن عيسى الترمذي: - جامع الترمذي، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998.
- سنن الترمذي، الجزء الثالث، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998.
- محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، الجزء الأول، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998.
- محمد الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الحديث، مصر، 2002.
- مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، الجزء الأول، الجزء الثاني، الجزء الرابع، المكتبة الإسلامية، هيئة الأوقاف، قطر، 1998.

2/ الكتب الشرعية والقانونية:

- إبراهيم الشيرازي، المهذب في الفقه الشافعي، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994.

- أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، الطبعة الأولى، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، 1997.
- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة العاشرة، دار هومة، الجزائر، 2008.
- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 1977.
- أحمد بلودنين، المختصر في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2011.
- أحمد الخمليشي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، الجزء الأول: الزواج، منشورات المعارف، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، 2012.
- أحمد الدردير: - الشرح الصغير، الجزء الثاني، مؤسسة المنشورات الإسلامية، الجزائر، 1992.
- الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الأول، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1972.
- إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، الجزء الأول: أحكام الزواج، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، 2016.
- أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفساء سر المهنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- أنور سلطان، مصادر الالتزام: الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983.

- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام: بحث تحليلي ودراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار التأليف، مصر، 1961.
- بناسي شوقي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2010.
- تقي الدين ابن تيمية، أحكام الزواج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1988.
- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مصر، 1981.
- جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1983.
- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2005.
- الحسن بن منصور الفرغاني، الفتاوى الخانية، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2009.
- حسين كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993.
- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997.
- خليل أحمد حسن ققادة، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني: أحكام الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999.

- رمضان علي الشرنباصي، السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1998.
- رمضان علي الشرنباصي، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- سعد الدين التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996.
- سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما: دراسة فقهية مع شرح وتعليقات على القانون رقم 10 لسنة 1984، الطبعة الأولى، مطبعة الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ليبيا، 1986.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول: المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السادسة، دار الكتب، مصر، 1987.
- سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999.
- السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2004.
- شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، دار القلم، دمشق، سوريا، 1966.
- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، لبنان، 2002.
- صالح بن طه عبد الواحد أبو إسلام، سبل السلام، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1960.
- عبد الله القيرواني، متن الرسالة في فقه الإمام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

- عبد الحميد بن شنيطي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني: نظرية الحق، دار هومة، الجزائر، 2008.
- عبد الحي حجازي، نظرية الالتزامات: النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، المجلد الأول، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990.
- عبد الرحمان النجدي، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 2000.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1952.
- عبد الرزاق حسن فرج، دور السكوت في التصرفات القانونية، الطبعة الأولى، مطبعة المدني، القاهرة، مصر، 1980.
- عبد العزيز سعد: - أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة، الجزائر، 2013.
- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 1996.
- قانون الأسرة في ثوبه الجديد: أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2013.
- نظام الحالة المدنية في الجزائر، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2010.

- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1984.
- عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الجزء الأول، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان.
- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية الحق، الطبعة الثانية، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، مصر، 1965.
- عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، وهران، الجزائر، 2004.
- عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي، الدار البيضاء، المغرب، 1992.
- عبد الكريم الطالب، المختصر في الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2005.
- عبد الله بن قدامه المقدسي، المغني، الجزء السابع، مكتبة القاهرة، مصر، 1968.
- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون: النظرية العامة للحق، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007.
- عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1971.
- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1950.
- عبد الودود يحي، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1978.
- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، دار العلم، الكويت، 1990.
- عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثاني، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، 1313هـ.

- العربي بلحاج: - أحكام المواريث، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006.
- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول: أحكام الزواج، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982.
- علي أبو الحسن التسولي، البهجة شرح التحفة، الجزء الأول، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- علي بن حزم الأندلسي، المحلى في شرح المجلى، الجزء التاسع، دار الجيل، بيروت، لبنان.
- علي بن شنب، النظرية العامة للعقد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- علي فيلاي: - الالتزامات: النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- الالتزامات: الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
- عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2002.
- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
- فاضلي إدريس، التنظيم القضائي والإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بن مرابط، الجزائر، 2009.

- فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية: نظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002.
- فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، الجزائر، 2009.
- كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستجدات من تشريعات الأسرة، الطبعة الأولى، دار ألفا للوثائق، قسنطينة، الجزائر، 2019.
- كمال الدين محمد السيواسي، فتح القدير، الجزء الثاني، المكتبة التجارية، مصر، 1372 هـ.
- كمال صالح البناء، المشكلات العملية في دعاوى الشرعية، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.
- كمال عليوش، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2006.
- لجنة علماء برئاسة الشيخ نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2010.
- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014.
- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء الرابع، دار صادر، بيروت، لبنان.
- محمد ابن معجوز المزرغاني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1986.
- محمد أبو زهرة: - الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957.
- الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957.
- محمد أبو عبد الله، الكليات الفقهية، الدار العربية للكتاب، تونس، 1997.
- محمد الأمير، الإكليل شرح مختصر خليل، الجزء الأول، مكتبة القاهرة، مصر.

- محمد أمين بن عابدين، حاشية ابن عابدين (رد المحتار)، الجزء الثاني، الجزء الثالث، الجزء السادس، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2007.
- محمد بن أحمد الكلبى الغرناطى، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، مطبعة النهضة، فاس، المغرب، 2009.
- محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1986.
- محمد بن قيم الجوزية، زاد المعاد، الجزء الخامس، دار الريان، القاهرة، مصر، 1987.
- محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.
- محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، الجزء الثاني: نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
- محمد حسين منصور: - قانون الإثبات: مبادئ الإثبات وطرقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.
- نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988.
- محمد الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، المجلد الثالث، الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1988.
- محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان.

- محمد الزرقاني: - شرح الزرقاني على الموطأ، الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2003.
- شرح الزرقاني على مختصر خليل، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- محمد السرخسي، المبسوط، الجزء الرابع والعشرون، مطبعة السعادة، القاهرة، مصر، 1993.
- محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002.
- محمد علي سويلم، شرح قانون محكمة الأسرة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2006.
- محمد الشافعي: - أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية المغربية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 1998.
- قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، سلسلة البحوث القانونية رقم 8، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2005.
- محمد الشنتوي، الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق الزواج، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2004.
- محمد صالح علي، شرح قانون المعاملات المدنية، الباب الثاني: العقد، دار جامعة أم درمان الإسلامية للطباعة والنشر، السودان.
- محمد صبري السعدي: - الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.
- العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.

- محمد علي الصابوني، شبهات وأباطيل حول تعدد زوجات الرسول صلى الله عليه وسلم من كتاب صفوة التفاسير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999.
- محمد علي محجوب، الأسرة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار المعرفة، القاهرة، مصر، 1983.
- محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1989.
- محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، محمد قدرى باشا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- محمد الكشور: - الوسيط في قانون الأحوال الشخصية المغربي، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب، 1998.
- شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب، 2006.
- محمد محيي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، 1984.
- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983.
- محمود جمال الدين زكي: - الوجيز في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، القاهرة، مصر، 1976.
- دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الطبعة الثالثة، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، مصر، 1969.
- محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010.

- مرعي بن يوسف بن الكرمي، غاية المنتهى، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، منشورات المؤسسة السعيدية، الرياض، السعودية.
- مسعود بن عمر التفتازاني، التوضيح لمتن التتقيح، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996.
- مصطفى الزرقا: - المدخل الفقهي العام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار العلم، دمشق، سوريا، 1998.
- المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، الجزء الأول، مطبعة دمشق، سوريا، 1967-1968.
- منصور البهوتي، كشف القناع، الجزء الثالث، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982.
- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى دراسة القانون: نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001.
- نبيل إبراهيم سعد، وهام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2001.
- نجم الدين جعفر الحلي، المختصر النافع في فقه الإمامية، الطبعة الثالثة، قسم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة، طهران، إيران، 1410هـ.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الجزء السابع عشر، الكويت، 2010.
- وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985.

- يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.

- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984.

3/ الأطاريح والرسائل الجامعية:

أ/ أطاريح الدكتوراه:

- رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، الجزائر، 2006.

- صارة بن شويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، المغرب، 2014.

ب/ رسائل الماجستير:

- إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1995.

- أحمد آيت وعلي، نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1982.

- جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1983.

- حسين عطا الله سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دبلوم الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1974.

- حلو عبد الرحمان مسلم أبو حلو، نظرية الاستغلال في الشريعة الإسلامية والقانون، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الجزائر، 1974.

- حليمة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دبلوم الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1977.

- مختار لبني، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1977.

4/ المقالات العلمية:

- جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 2000، عدد 1.

- طيب زروتي، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتها في الزواج المختلط، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 1993، عدد 4.

- عبد الحفيظ بقة، ركن الولي في عقد الزواج والإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة المسيلة، الجزائر، عدد 23، المجلد الأول.

- عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية في القانون رقم 11/84، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 2003، عدد 2.

- عبد الله سعدي، الزواج وشروطه في عقدي اللفيق والإقرار، مجلة الموثق، الجزائر، عدد 10، ماي 2000.

- عبد الله مسعود، عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الموثق، الجزائر، عدد 3، جوان 1998.

- علاوة بوشوشة، الزواج بين العقد العرفي والعقد المدني وأثره على الأسرة، مجلة آفاق للعلوم، جامعة الجلفة، الجزائر، عدد 7، مارس 2017.

- منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم 6-3-52 حول إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، العدد السادس، الجزء الثاني، جدة، السعودية، 2016.

- هجيرة دنوني، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، 1987، عدد 2.

5/ المداخلات العلمية:

- صارة بن شويخ، الحماية القانونية للذمة المالية للزوجين طبقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري، الملتقى الدولي: الحماية القانونية للأسرة، جامعة الجلفة، 10 و 11 نوفمبر، 2018.

- ناريمان زكي جمال الخيري، أصول وإجراءات تبليغ الأوراق القضائية وفق أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، المعهد القضائي الأردني، عمان، 15 مارس، 2021.

6/ القرارات القضائية:

أ/ القرارات الجزائرية:

- المحكمة العليا، غ.ق.خ، 07-12-1966، م.ج، ملف رقم 23416، العدد 1.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 24-09-1984، ملف رقم 34438، م.ق، العدد 1.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15-12-1986، ملف رقم 43889، م.ق، العدد 2.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 09-03-1987، ملف رقم 45301، م.ق، العدد 3.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 09-05-1988، ملف رقم 49283، م.ق، العدد 2.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18-07-1988، ملف رقم 50075، م.ق، العدد 4.
- المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 14-11-1988، ملف رقم 49339، م.ق، العدد 4.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 27-03-1989، ملف رقم 53272، م.ق، العدد 3.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 12-10-1989، ملف رقم 55116، م.ق، العدد 1.

- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 30-04-1990، ملف رقم 75344، م.ق، 1992، العدد 4.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-04-1991، ملف رقم 71727، م.ق، 1993، العدد 2.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18-06-1991، ملف رقم 74375، م.ق، 1992، العدد 1.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-02-1993، ملف رقم 88856، م.ق، 1996، العدد 2.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 30-03-1993، ملف رقم 89924، م.ق، 1994، العدد 1.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13-07-1993، ملف رقم 92714، م.ق، 1995، العدد 1.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 28-09-1993، ملف رقم 96238، غير منشور.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-12-1993، ملف رقم 88856، م.ق، 1994، العدد 2.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 25-05-1995، ملف رقم 90683، م.ق، 1996، العدد 4.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 26-09-1995، ملف رقم 122443، م.ق، 1999، العدد 5.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18-06-1996، ملف رقم 137571، ق.م، 1997، العدد 2.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 17-02-1998، ملف رقم 170082، م.ق، 1999، العدد 2.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 17-05-1998، ملف رقم 167835، م.ق، 1997، العدد 2.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 19-05-1998، ملف رقم 193825، إ.ق.غ.أ.ش، 1999، عدد خاص.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 17-04-1999، ملف رقم 90468، م.ج، 2000، العدد 1.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 20-04-1999، رقم 221329، م.ق، 2000، عدد خاص .
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 29-06-1999، ملف رقم 232095، غير منشور .

- المحكمة العليا، غ.ع، 24-10-1999، ملف رقم 191705، م.ق، 1999، عدد خاص .
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18-07-2000، ملف رقم 249128، م.ق، 2003، العدد 2.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 19-09-2000، ملف رقم 248683، م.ق، 2003، العدد 2.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13-01-2001، ملف رقم 253366، ق.م، 2002، العدد 2.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-01-2001، ملف رقم 251656، م.ق، 2002، العدد 1.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-01-2001، ملف رقم 15634، م.ق، 2002، العدد 2.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 21-02-2001، ملف رقم 255711، م.ق، 2002، العدد 2.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-05-2001، ملف رقم 251656، م.ق، 2002، العدد 1.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 05-03-2006، ملف رقم 355180، م.م.ع، 2006، العدد 1.
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16-01-2008، ملف رقم 417622، م.م.ع، 2008، العدد 1.

ب/ القرارات الأجنبية:

- المجلس الأعلى المغربي، 26-05-1977، ملف رقم 56358، م.ق.م.أ، العدد 29.
- تعقيب مدني تونسي، 03-04-1986، ملف رقم 13437، ن.م.ت، 1986، الجزء 2.
- تعقيب مدني تونسي، 22-05-2003، ملف رقم 23997، ن.م.ت، 2003، الجزء 3.

7/ النصوص القانونية:

أ/ النصوص القانونية الدولية:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 217000، مؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

ب/ النصوص القانونية الوطنية:

- القوانين:

- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24، مؤرخة في 12-06-1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15 مؤرخة في 27-02-2005.

- قانون رقم 06-02 مؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق.

- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية عدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.

- الأوامر:

- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49 مؤرخة في 11-06-1966 .

- أمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1379 الموافق 19 فبراير سنة 1960، يتعلق بالحالة المدنية، جريدة رسمية عدد 21 مؤرخة في 27 فبراير 1970، معدل بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 09 أوت 2014، جريدة رسمية عدد 49 مؤرخة في 20-08-2014.

- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 مؤرخة في 30-09-1975، معدل ومتمم إلى غاية القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 جريدة رسمية عدد 44 مؤرخة في 26-06-2005.

- أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26-09-1975 يتضمن القانون التجاري معدل ومتمم إلى غاية الأمر 05-02 مؤرخ في 06-20-2005.

- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات جريدة رسمية عدد 13 مؤرخة في 08 مارس 1995.

- المراسيم:

- المرسوم رقم 38-418 مؤرخ في 13-08-1983 يحدد الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني.

- المرسوم التنفيذي رقم 10-322، المؤرخ في 22 ديسمبر 2010، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتميين إلى أسلاك الأمن الوطني

- المرسوم التنفيذي رقم 62/276 مؤرخ في 06-07-1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

- التعليمات والمناشير:

- منشور وزارة العدل رقم 364، مؤرخ في 25 جوان 1969.

- التعليمات الصادرة عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف تحت رقم 60، مؤرخة في 12 أبريل 2002.

- التعليمات الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية تحت رقم 09، مؤرخة في 05 نوفمبر 2018، تتضمن تنظيم إصدار رخصة الزواج المختلط.

ب/ النصوص القانونية الأجنبية:

- القانون رقم 131 لسنة 1948 يتضمن القانون المدني المصري.
- أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376 (13 أوت 1956) يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، منشور في الرائد الرسمي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956، المعدل بآخر قانون له وهو القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993، تونس.
- ظهير شريف رقم 332.18.1 الصادر في 11 رجب 1402 موافق 06 ماي 1982 يتضمن الأمر بتنفيذ القانون رقم 81-11 القاضي بتنظيم خطة العدالة وتلقي الشهادة وتحريرها والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 3678 الصادرة بتاريخ 27 أبريل 1984، المغرب.
- ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (03 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004) ص 418، المغرب.

8/ متفرقات:

- إبراهيم عماري، محاضرات في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، 2018، الشلف.
- جبران مسعود، رائد الطلاب المصور: عربي-عربي، الطبعة الأولى، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 2007.
- مركز باحثات لدراسات المرأة، الزواج المثلي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، 17 جانفي 2022. <https://bahethat.com/report/r38069/>

رابعاً/ المراجع باللغة الاجنبية:

1/ المؤلفات:

- Ali Bencheneb, théorie générale du contrat, O.P.U, Alger, 1980.
- Charles Beudant et autres, cours de droit civil Français, tome 9 bis: contrats et obligations, 2ème, Rousseau, Paris, 1952.
- Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, droit civil, vol 1: l'acte juridique, Sirey, 2014.
- Jean Carbonnier, droit civil, tome 2 : la famille, Paris, 1999.
- Mohamed Abd Eldjawad, la force obligatoire du contrat en droit musulman et la théorie de l'imprévision en droit Egyptien, le Caire, 1957.

2/ الأطاريح والرسائل الجامعية:

أ/ أطاريح الدكتوراه:

- Pierre Voirin, de l'imprévision dans les rapports de droit privé, Thèse, Nancy, Paris, 1974.

ب/ رسائل الماجستير:

- Ali Bencheneb, la formation du lien matrimonial, D.E.S, université d'Alger, 1973.
- Mesli Nadir, la lésion en droit Algérien, D.E.S, université d'Alger, 1977.

3/ المقالات العلمية:

- Antoine Culioli, la maladie d'un époux : idéalisme et réalisme en droit Français, revue trimestrielle de droit civil, Paris, 1968, n°: 3.

- Djilali Tchouar, le régime juridique de la dot en droit Algerien, revue Algerienne, université d'Alger, 1996, n°: 4.
- Frères Mazeaud, leçons de droit civil, tome 3, revue internationale de droit comparé, Paris, 1961, n°:1.
- Gerard Farjat, droit privé de l'économie, revue économique, PUF, Paris, 1975, n°: 4.
- Laarbi Belhadj, les atteintes à la liberté du mariage, revue Algerienne, université d'Alger, 1988, n : 02.
- Linant Bellefonds, traité de droit Musulman comparé, tome 2, annales économies, société, civilisations, Paris, 1967, n : 6.
- Reyland Ottenhof, le droit pénal et la formation du contrat civil, revue internationale de droit comparé, Paris, 1970, n° : 1.
- Roger Decottignies, l'erreur de droit, revue trimestrielle de droit civil, Paris, 1951, n°: 2.

/4 المعاجم:

- Larousse, dictionnaire de français, 2 ème édition, Maury-Eurolivres à Manchecourt, 2002.

فهرس المحتويات

الصفحة	المحتوى
	مقدمة
الباب الأول: مكانة الإرادة في التراضي على الزواج	
الفصل الأول: وجود التراضي	
13	المبحث الأول: التعبير عن الإرادة
14	المطلب الأول: صاحب الصيغة في عقد الزواج: من يعبر عن إرادته لمن؟
16	المطلب الثاني: شروط الصيغة
17	الفرع الأول: شرط التنجيز
18	الفرع الثاني: شرط التأييد
19	أولاً: زواج المتعة
20	ثانياً: الزواج المؤقت
21	المطلب الثالث: طرق التعبير عن الصيغة
22	الفرع الأول: اللغة
22	الفرع الثاني: ما تتحقق به الصيغة
24	الفرع الثالث: انعقاد الزواج بالكتابة أو الإشارة
26	المبحث الثاني: تطابق الإرادتين
26	المطلب الأول: مجلس العقد الحقيقي
27	الفرع الأول: القيمة القانونية للإيجاب
27	الفرع الثاني: مطابقة القبول للإيجاب
28	الفرع الثالث: السكوت الملايس
29	المطلب الثاني: مجلس العقد الافتراضي
30	الفرع الأول: من حيث صحة العقد
32	الفرع الثاني: من حيث تكييف مجلس العقد

34	المطلب الثالث: التعاقد عن طريق الوكالة والرسول
34	الفرع الأول: الوكالة في عقد الزواج
35	أولاً: الأحكام العامة للوكالة في القانون المدني
35	1- شروط الوكالة
38	2- آثار الوكالة
38	ثانياً: الوكالة في عقد الزواج بين الوجود والعدم
39	الفرع الثاني: الزواج عن طريق الرسول
40	أولاً: عرض النظريات
40	1- تواجد الإرادتين
40	أ- نظرية الإعلان عن القبول
40	ب- نظرية تصدير القبول
41	2- تبادل الإرادتين
41	أ- نظرية تسليم القبول
41	ب- نظرية العلم بالقبول
42	ثانياً: موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات
43	ثالثاً: أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد
43	1/ أهمية تحديد الزمان
43	2/ أهمية تحديد المكان
الفصل الثاني: صحة التراضي من خلال توفر الأهلية	
45	المبحث الأول: تعريف الأهلية وبيان أنواعها
47	المبحث الثاني: مراحل الأهلية
47	المطلب الأول: مرحلة انعدام الأهلية
48	المطلب الثاني: مرحلة نقص الأهلية

54	المطلب الثالث: مرحلة اكتمال الأهلية
56	المبحث الثالث: عوارض الأهلية
57	المطلب الأول: العوارض المعدمة للأهلية
57	الفرع الأول: تحديد العوارض المعدمة للأهلية
57	أولاً: تعريف الجنون
59	ثانياً: تعريف العته
61	الفرع الثاني: حكم تصرفات المجنون والمعتوه
61	أولاً: حكم تصرفات المجنون والمعتوه في القانون المدني
62	ثانياً: حكم تصرفات المجنون والمعتوه في قانون الأسرة
66	المطلب الثاني: العوارض المنقصة للأهلية
67	الفرع الأول: تحديد العوارض المنقصة للأهلية
67	أولاً: تعريف السفه
68	ثانياً: تعريف الغفلة
70	الفرع الثاني: حكم تصرفات السفه وذي الغفلة
70	أولاً: حكم تصرفات السفه وذي الغفلة في القانون المدني
71	ثانياً: حكم تصرفات السفه وذي الغفلة في قانون الأسرة
74	المبحث الرابع: موانع الأهلية
74	المطلب الأول: الغيبة
76	المطلب الثاني: الحكم بعقوبة جنائية
77	المطلب الثالث: العاهة المزدوجة
الفصل الثالث: خلو الرضا من العيوب	
80	المبحث الأول: الغلط
80	المطلب الأول: الطابع الجوهرى للغلط

80	الفرع الأول: جسامة الغلط
81	الفرع الثاني: تأثير الغلط
81	المطلب الثاني: صور الغلط
82	الفرع الأول: الغلط في الواقع
82	أولاً: الغلط في صفة الشيء
83	ثانياً: الغلط في ذات أو صفات المتعاقد
84	ثالثاً: الغلط في الباعث
85	رابعاً: الغلط في القيمة
86	الفرع الثاني: الغلط في القانون
87	المطلب الثالث: شروط التمسك بالغلط
87	الفرع الأول: حسن النية
88	الفرع الثاني: تبصر المتعاقد الواقع في الغلط
88	المبحث الثاني: التدليس
90	المطلب الأول: شروط التدليس
90	الفرع الأول: استعمال المدلس طرقاً احتيالية قصد تضليل الطرف الآخر
90	أولاً: العنصر المادي
90	1- الحيل
91	2- الكذب
92	3- الكتمان
93	ثانياً: العنصر النفسي
93	الفرع الثاني: أن يكون التدليس مؤثراً
95	الفرع الثالث: أن تكون للطرف الآخر يد في التدليس
95	المطلب الثالث: إثبات التدليس وآثاره القانونية

96	المطلب الرابع: موقف المشرع الأسري من التدليس في عقد الزواج
98	المبحث الثالث: الإكراه
98	المطلب الأول: شروط الإكراه
99	الفرع الأول: الرهبة البينة
99	أولاً: عنصر الخطر
100	ثانياً: المهدد بالخطر
101	الفرع الثاني: الرهبة غير المشروعة
102	أولاً: النفوذ الأدبي
103	ثانياً: التهديد باستعمال حق
103	1- عدم مشروعية الغاية
104	2- عدم مشروعية الوسائل
105	المطلب الثاني: مصدر الإكراه
105	الفرع الأول: الإكراه الصادر عن المتعاقد
105	الفرع الثاني: الإكراه الصادر عن الغير
106	الفرع الثالث: حالة الضرورة
108	المبحث الرابع: الاستغلال
109	المطلب الأول: عناصر الاستغلال
109	الفرع الأول: العنصر المادي
109	أولاً: التفاوت بين الالتزام والعوض
110	ثانياً: التفاوت بين حظ الريح والخسارة
111	ثالثاً: انعدام العوض
113	الفرع الثاني: العنصر النفسي
113	أولاً: الضعف النفسي

113	1- الطيش البين
114	2- الهوى الجامح
114	ثانيا: استغلال الضعف النفسي من طرف المتعاقد الآخر
115	المطلب الثاني: جزاء الاستغلال
116	الفرع الأول: المطالبة بإبطال العقد
117	الفرع الثاني: المطالبة بإنقاص العقد
الباب الثاني: مكانة الإرادة في شروط الزواج	
الفصل الأول: الشروط الموضوعية لصحة الزواج	
121	المبحث الأول: الصداق
122	المطلب الأول: القيمة القانونية للصداق
122	الفرع الأول: الصداق بين الركن والشرط والأثر
123	الفرع الثاني: الصداق بين الهدية والمعوضة
125	الفرع الثالث: الآثار القانونية المترتبة على تخلف الصداق
126	المطلب الثاني: أنواع الصداق
126	الفرع الأول: الصداق المسمى والصداق غير المسمى
126	أولا: الصداق المسمى
127	ثانيا: الصداق غير المسمى
128	الفرع الثاني: الصداق المعجل والصداق المؤجل
128	أولا: الصداق المعجل
128	ثانيا: الصداق المؤجل
129	المطلب الثالث: شروط الصداق
131	المطلب الرابع: أطراف الصداق
132	المطلب الخامس: مقدار الصداق

133	الفرع الأول: الحد الأقصى للصداق
134	الفرع الثاني: الحد الأدنى للصداق
136	المطلب السادس: موجبات الصداق ومسقطاته
136	الفرع الأول: استحقاق الصداق كاملا
136	أولا: الدخول الحقيقي
139	ثانيا: الخلوة الصحيحة
141	ثالثا: الوفاة
144	الفرع الثاني: استحقاق نصف الصداق
146	الفرع الثالث: حالات سقوط كل الصداق
148	المطلب السابع: التنازع في الصداق
149	المبحث الثاني: انعدام الموانع الشرعية
149	المطلب الأول: الموانع المؤبدة
149	الفرع الأول: مانع القرابة
150	الفرع الثاني: مانع المصاهرة
154	الفرع الثالث: مانع الرضاع
154	أولا: نطاق التحريم
156	ثانيا: شروط الرضاع المحرم
158	المطلب الثاني: الموانع المؤقتة
158	الفرع الأول: مانع الإحصان
159	الفرع الثاني: مانع العدة
160	الفرع الثالث: مانع الطلاق
161	الفرع الرابع: مانع العدد
161	الفرع الخامس: مانع الجمع

161	الفرع السادس: مانع الكفر
162	الفرع السابع: الأمة على الحرة
163	الفرع الثامن: موانع أخرى مؤقتة
163	أولاً: مانع الإحرام بالحج أو العمرة
163	ثانياً: مانع المرض المخوف لأحد الزوجين
164	ثالثاً: مانع الجمعة
الفصل الثاني: الشروط الشكلية لصحة الزواج	
166	المبحث الأول: الولاية في عقد الزواج
167	المطلب الأول: مراتب الأولياء وشروطهم
167	الفرع الأول: مراتب الأولياء
167	أولاً: مراتب الأولياء في الفقه الإسلامي
167	1- المذهب المالكي
169	2- المذهب الحنفي
170	3- المذهب الشافعي
171	4- المذهب الحنبلي
172	ثانياً: مراتب الأولياء في قانون الأسرة الجزائري
174	الفرع الثاني: شروط الأولياء
174	أولاً: الشروط المتفق عليها
175	ثانياً: الشروط المختلف فيها
177	المطلب الثاني: القيمة الشرعية والقانونية للولي
177	الفرع الأول: القيمة الشرعية للولي
177	أولاً: مدى جواز إجبار المولى عليها على الزواج
177	1- مدى تدخل الولي المجبر في إبرام عقد الزواج

179	2- مدى تدخل الولي غير المجبر في إبرام عقد الزواج
180	ثانيا: مدى جواز منع المولى عليها من الزواج (العضل)
182	ثالثا: حكم الزواج بدون ولي
183	الفرع الثاني: القيمة القانونية للولي
183	أولا: مدى تدخل الولي في الرضا بالزواج
186	ثانيا: مصير الزواج المخالف لأحكام الولاية
188	المطلب الثالث: الولي بين تكريس وتقيد مبدأ سلطان الإرادة
188	الفرع الأول: الولي في زواج الراشدة
189	الفرع الثاني: الولي في زواج القصر
192	المبحث الثاني: الإشهاد في عقد الزواج
192	المطلب الأول: الطبيعة الشرعية والقانونية للشهادة
194	المطلب الثاني: وقت اشتراط الشهادة
196	المطلب الثالث: شروط الشهود
196	الفرع الأول: شروط الشهود في الفقه الإسلامي
196	أولا- العقل
196	ثانيا- البلوغ
196	ثالثا- التعدد
197	رابعا- الذكورة
197	خامسا- الحرية
198	سادسا- العدالة
198	سابعا- الإسلام
199	ثامنا- البصر
199	تاسعا- سماع الشهود كلام العاقدين وفهم المراد منه

200	الفرع الثاني: شروط الشهود في التشريع الجزائري
200	أولا- الأهلية
200	ثانيا- التعدد
200	ثالثا- الذكورة
202	المطلب الرابع: الأثر القانوني المترتب على تخلف الشهادة في الزواج
الفصل الثالث: الشروط الاتفاقية في عقد الزواج	
205	المبحث الأول: الاشتراط في عقد الزواج
206	المطلب الأول: مجال الاشتراطات
206	الفرع الأول: مجال الاشتراط في الفقه الإسلامي
206	أولا: مجال الاشتراط في المذهب الحنفي
207	1- الشروط الصحيحة
207	2- الشروط الفاسدة
207	ثانيا: مجال الاشتراط في المذهب المالكي
207	1- الشروط الصحيحة
208	2- الشروط الفاسدة
208	ثالثا: مجال الاشتراط في المذهب الشافعي
209	رابعا: مجال الاشتراط في المذهب الحنبلي
210	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج
213	المطلب الثاني: القيمة القانونية للاشتراطات
214	المطلب الثالث: تعديل الاشتراطات ومراجعتها
215	الفرع الأول: تحريم الالتزام مدى الحياة
216	الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة
217	أولا: شروط تطبيق النظرية

217	1- وقوع حادث طارئ
218	2- إرهاب الالتزام
219	أ- معيار تقدير الإرهاب
219	ب- مقدار الإرهاب المعتبر
220	ثانيا: آثار تطبيق النظرية
220	1- إنقاص التزامات المدين
221	2- زيادة التزامات الدائن (المشترط)
222	3- فسخ العقد
223	المبحث الثاني: الاتفاقات المالية
224	المطلب الأول: الأصل: استقلالية الذمة المالية
227	المطلب الثاني: اتفاق الزوجين على الأموال المشتركة بينهما
230	المطلب الثالث: إشكالية إثبات الأموال المشتركة بين الزوجين
231	الفرع الأول: مصادر الاشتراك بحكم الاتفاق
231	أولاً: الاشتراك وفق أحكام المادة 37 ق.أ
231	ثانيا: الاشتراك وفق أحكام القانون المدني
231	ثالثاً: الاشتراك وفق أحكام القانون التجاري
232	الفرع الثاني: الاشتراك بحكم الواقع
233	الفرع الثالث: الآليات القانونية للقضاء على مشكل إثبات الأموال المشتركة
233	أولاً: التوجه نحو إلزامية توثيق الأموال المشتركة
234	ثانيا: إثبات الأموال المشتركة وفق أحكام المادة 73 ق.أ
236	ثالثاً: توسيع وسائل الإثبات
الباب الثالث: مكانة الإرادة في توثيق الزواج	
الفصل الأول: التراخيص والشواهد اللازمة لإبرام عقد الزواج	

240	المبحث الأول: التراخيص القضائية
240	المطلب الأول: الترخيص للقاصر
247	المطلب الثاني: الترخيص بالتعدد
248	الفرع الأول: شروط الحصول على الترخيص بالتعدد
250	الفرع الثاني: طبيعة الترخيص بالتعدد وسلطة القاضي في منحه
252	الفرع الثالث: حكم التعدد الواقع بدون ترخيص
255	المبحث الثاني: التراخيص الإدارية
255	المطلب الأول: الترخيص بالزواج المختلط
256	الفرع الأول: الشروط الواجب احترامها لإصدار رخصة الزواج المختلط
257	الفرع الثاني: إجراءات طلب رخصة الزواج المختلط
257	الفرع الثالث: مكونات ملف طلب رخصة الزواج المختلط
258	أولاً: بالنسبة للطرف الجزائري
258	ثانياً: بالنسبة للطرف الأجنبي
259	رابعاً: إجراءات إصدار رخصة الزواج المختلط
261	المطلب الثاني: الترخيص بالزواج للمشتغلين ببعض الوظائف الحساسة
263	المبحث الثالث: الشهادة الطبية
264	المطلب الأول: طبيعة الشهادة الطبية ومضمونها
265	المطلب الثاني: دور القائم على تحرير عقد الزواج إزاء الشهادة الطبية
267	المطلب الثالث: القيمة الإلزامية للشهادة الطبية
الفصل الثاني: توثيق الزواج لحظة إبرامه	
273	المبحث الأول: ملف توثيق عقد الزواج
273	المطلب الأول: الوثائق اللازمة لتوثيق عقد الزواج
274	المطلب الثاني: مضمون وثيقة الزواج

277	المبحث الثاني: الأشخاص المؤهلين لتوثيق عقد الزواج
278	المطلب الأول: ضابط الحالة المدنية
278	الفرع الأول: ضابط الحالة المدنية في الداخل
280	الفرع الثاني: ضابط الحالة المدنية في الخارج
280	المطلب الثاني: الموثق
283	المبحث الثالث: دور ضابط الحالة المدنية والموثق في تحرير عقد الزواج
286	المبحث الرابع: القيمة القانونية لتوثيق عقد الزواج
الفصل الثالث: توثيق الزواج بعد إبرامه	
296	المبحث الأول: تثبيت عقد الزواج غير الموثق في حالة الإقرار
296	المطلب الأول: تثبيت عقد الزواج من طرف القاضي
297	الفرع الأول: طلب تثبيت عقد الزواج غير الموثق
298	الفرع الثاني: الجهة القضائية المختصة بالنظر في طلب تثبيت الزواج
299	الفرع الثالث: دور القاضي إزاء طلب التثبيت
303	المطلب الثاني: مدى إمكانية تثبيت الزواج غير الموثق عند الموثق
304	الفرع الأول: كيفية تثبيت الزواج من طرف الموثق
305	الفرع الثاني: القيمة القانونية لتثبيت الزواج أمام الموثق
308	المبحث الثاني: تثبيت الزواج غير الموثق في حالة الإنكار
308	المطلب الأول: الجهة المختصة بدعوى إثبات الزوجية
309	الفرع الأول: الاختصاص النوعي
310	الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي
313	المطلب الثاني: إجراءات رفع الدعوى وسير الخصومة
313	الفرع الأول: رفع الدعوى وانعقاد الخصومة
313	أولاً: عريضة افتتاح الدعوى

315	ثانيا: التكليف بالحضور
317	الفرع الثاني: النظر في الدعوى والفصل فيها
318	أولا: مناقشة دعوى إثبات الزواج
319	ثانيا: المداولة وإصدار الحكم
321	الفرع الثالث: وسائل إثبات العلاقة الزوجية
321	أولا: شهادة الشهود
324	ثانيا: مدى إمكانية الاعتداد بوسائل إثبات أخرى
324	1- الإقرار
325	2- الطرق العلمية في الإثبات
328	خاتمة
336	قائمة المراجع
360	فهرس المحتويات

ملخص الدراسة

لما كان الزواج عقداً، فطبيعي إذن أن تكون
للإرادة مكانة بارزة ودور مهم في إنشائه، غير أن
خصوصية هذا العقد، وما يتميز به من خطورة ووقسية
وارتباط وثيق بالأسرة التي تعد الخلية الأساسية للمجتمع،
فرضت على المشرع تنظيمه بقواعد قانونية أمره، تدرج
ضمن ما يسمى بالنظام العام والأداب العامة، وهو ما جعل
من الزواج عقداً ونظاماً في آن واحد؛ حيث يتعايش البعد
التعاقدي القائم على مبدأ سلطان الإرادة والحرية
التعاقدية، مع البعد النظامي القائم على فكرة النظام العام
والأداب العامة، وذلك في إطار من التناسق والتناغم بما
يضمن إقرار نظام قانوني متكامل لإبرام عقد الزواج.